



PROTECCIÓN A LA  
FAMILIA Y SEGURIDAD  
SOCIAL

HACIA UN NUEVO  
MODELO DE PROTECCIÓN  
SOCIOLABORAL

TOMO II





Asociación Española de Salud y Seguridad Social

# PROTECCIÓN A LA FAMILIA Y SEGURIDAD SOCIAL. HACIA UN NUEVO MODELO DE PROTECCIÓN SOCIOLABORAL

MIGUEL ÁNGEL	ALMENDROS GONZÁLEZ	ÁNGELA	MARTÍN-POZUELO LÓPEZ
BELÉN	ALONSO-OLEA GARCÍA	ENRIQUE	MARTÍN-SERRANO JIMÉNEZ
JUAN CARLOS	ÁLVAREZ CORTÉS	M <sup>ª</sup> DE LOS REYES	MARTÍNEZ BARROSO
HENAR	ÁLVAREZ CUESTA	JESÚS	MARTÍNEZ GIRÓN
FARAH	AMAADACHOU KADDUR	CARLOS JOSÉ	MARTÍNEZ MATEO
CRISTINA	ARAGÓN GÓMEZ	JOSÉ LUIS	MONEREO PÉREZ
MARÍA	ARETA MARTÍNEZ	FERNANDO	MORENO DE VEGA Y LOMO
FRANCISCO JAVIER	ARRIETA IDIAKEZ	FRANCISCA	MORENO ROMERO
ALBERTO	ARUFE VARELA	AMANDA	MORENO SOLANA
ANA GLORIA	AZOR OLIVER	PATRICIA	NIETO ROJAS
MÁRIO SILVEIRO DE	BARROS	NATALIA	ORDÓÑEZ PASCUA
FÁBIO TÚLIO	BARROSO	POMPEYO GABRIEL	ORTEGA LOZANO
MIGUEL	BASTERRA HERNÁNDEZ	FRANCISCO MIGUEL	ORTIZ GONZÁLEZ-CONDE
M <sup>ª</sup> ANGUSTIAS	BENITO BENÍTEZ	FULGENCIO	PAGÁN MARTÍN-PORTUGUÉS
EVA MARÍA	BLÁZQUEZ AGUDO	M <sup>ª</sup> VALVANUZ	PEÑA GARCÍA
SILVIO	BOLOGNA	SALVADOR	PERÁN QUESADA
MARCELO	BORSIO	MARÍA ANTONIA	PÉREZ ALONSO
CARLOS	BRAVO FERNÁNDEZ	ANA ISABEL	PÉREZ CAMPOS
MARÍA DEL CARMEN	BURGOS GOYE	DANIEL	PÉREZ DEL PRADO
AURELIA	CARRILLO LOPEZ	MARÍA DEL MAR	PÉREZ HERNÁNDEZ
MARÍA EMILIA	CASAS BAAMONDE	MARÍA CRISTINA	POLO SÁNCHEZ
MARÍA JOSÉ	CERVILLA GARZÓN	RAQUEL	POQUET CATALÁ
PILAR	CHARRO BAENA	FRANCISCO JAVIER	POZO MOREIRA
ÓSCAR	CONTRERAS HERNÁNDEZ	FERNANDO	PUIG-SAMPER MULERO
ROSARIO	CRISTÓBAL RONCERO	RAQUEL YOLANDA	QUINTANILLA NAVARRO
MARÍA ELISA	CUADROS GARRIDO	MARÍA GEMA	QUINTERO LIMA
TERESA	DÍAZ DE TERÁN	ÓSCAR	REQUENA MONTES
JUAN JOSÉ	DÍAZ FRANCO	PILAR	RIVAS VALLEJO
MANUELA	DURÁN BERNARDINO	CLÁUDIO JANOTTI DA	ROCHA
ELISABET	ERRANDONEA ULAZIA	DANIELA DA	ROCHA BRANDÃO
JUAN ANTONIO	FERNÁNDEZ BERNAT	JUAN JOSÉ	RODRÍGUEZ BRAVO DE LAGUNA
M <sup>ª</sup> BELÉN	FERNÁNDEZ COLLADOS	SARAI	RODRÍGUEZ GONZÁLEZ
SILVIA	FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ	GUILLERMO	RODRÍGUEZ INIESTA
FCO. JAVIER	FERNÁNDEZ ORRICO	GUILLERMO E.	RODRÍGUEZ PASTOR
ÁLICIA	FERNÁNDEZ-PEINADO MARTÍNEZ	ARÁNZAZU	ROLDÁN MARTÍNEZ
INMACULADA SANDRA	FUMERO DIOS	JOSEFA	ROMERAL HERNÁNDEZ
CARLOS	GARCÍA DE CORTÁZAR Y NEBREA	JUAN	ROMERO CORONADO
BELÉN	GARCÍA ROMERO	MARÍA JOSÉ	ROMERO RODENAS
JORDI	GARCÍA VIÑA	SARA	RUANO ALBERTOS
JUAN	GARCÍA VIVANCOS	M <sup>ª</sup> FUENCISLA	RUBIO VELASCO
FRANCISCO XABIERE	GÓMEZ GARCÍA	CARLOTA M <sup>ª</sup>	RUIZ GONZÁLEZ
MIGUEL ÁNGEL	GÓMEZ SALADO	ANA CRISTINA	RUIZ MOSQUERA
JOSÉ ANTONIO	GONZÁLEZ MARTÍNEZ	JOSÉ LUIS	RUIZ SANTAMARÍA
LUIS	GORDO GONZÁLEZ	CARMEN	SALCEDO BELTRÁN
JUAN	GORELLI HERNÁNDEZ	VICTORIA	SÁNCHEZ MÁS
ROCÍO	GUERRERO JAREÑO	NICOLÁS	SÁNCHEZ MORALES
SARA	GUINDO MORALES	CARMEN	SÁNCHEZ TRIGUEROS
BRAIS COLUMBA	IGLESIAS OSORIO	CARLOS JAVIER	SANTOS GARCÍA
ENEAS	ISPIZUA DORNA	CONCEPCIÓN	SANZ SÁEZ
CARMEN	JOVER RAMÍREZ	ELISA	SIERRA HERNÁIZ
DJAMIL TONY	KAHALE CARRILLO	CARMEN	TATAY PUCHADES
BELÉN DEL MAR	LÓPEZ INSUA	FERNANDO DE	VICENTE PACHÉS
JOSUNE	LÓPEZ RODRÍGUEZ	FRANCISCO	VIGO SERRALVO
EVA	LÓPEZ TERRADA	FRANCISCO	VILA TIERNO
MARÍA DEL CARMEN	MACÍAS GARCÍA	JUAN BAUTISTA	VIVERO SERRANO
JUAN ANTONIO	MALDONADO MOLINA	CELIA LUNA	VIVES GONZÁLEZ
GONZALO	MARTÍN SALCEDO		



EDICIONES LABORUM

Avda. Gutiérrez Mellado, 9 - Planta 3ª Oficina 21

30008 Murcia

Tel.: 968882181

e-mail: laborum@laborum.es

FRANCISCO ORTIZ CASTILLO

*Director editorial*

1ª edición, Ediciones Laborum S.L. - 2018

Copyright © de la edición, Ediciones Laborum, 2018

Copyright © del texto, sus respectivos autores, 2018

Ediciones Laborum, S.L. no comparte necesariamente los criterios manifestados por el autor en el trabajo publicado.

La información contenida en esta publicación constituye únicamente, y salvo error u omisión involuntarios, la opinión de sus autores con arreglo a su leal saber y entender, opinión que subordinan tanto a los criterios que la jurisprudencia establezca, como a cualquier otro criterio mejor fundado.

Ni el editor, ni el autor, pueden responsabilizarse de las consecuencias, favorables o desfavorables, de actuaciones basadas en las opiniones o informaciones contenidas en esta publicación.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Dirijase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra ([www.conlicencia.com](http://www.conlicencia.com); 91 702 19 70 / 93 272 04 47)

ISBN – OBRA COMPLETA: 978-84-949189-2-6

ISBN – TOMO: 978-84-949189-4-0

DEPÓSITO LEGAL: MU 1221-2018

*Impreso en España - Printed in Spain*

# Índice

TITULO IV. LA PROTECCIÓN NORMADA A LA FAMILIA POR EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL .....	11	
<table border="1"><tr><td>Ponencia</td></tr></table>		Ponencia
Ponencia		
CAPÍTULO I. VIUEDAD, ORFANDAD Y PROTECCIÓN A OTROS FAMILIARES. SOBRE LA NECESIDAD DE UNA REORIENTACIÓN EN SU PROTECCIÓN .....	11	
<i>Guillermo Rodríguez Iniesta</i>		
CAPÍTULO II. PALEONTOLOGÍA JURÍDICA: LAS PRESTACIONES POR HIJO A CARGO (UN RESBALADIZO FÓSIL VIVIENTE). SU DELIMITACIÓN EN BASE A LAS CARGAS FAMILIARES .....	43	
<i>Juan Gorelli Hernández</i>		
CAPÍTULO III. LA PROTECCIÓN COMPLEMENTARIA PÚBLICA A LA FAMILIA .....	69	
<i>Juan Bautista Vivero Serrano</i>		
<table border="1"><tr><td>Comunicaciones</td></tr></table>		Comunicaciones
Comunicaciones		
CAPÍTULO IV. LA PROTECCIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL POR HIJOS A CARGO DE LOS TRABAJADORES MIGRANTES EN EL DERECHO INTERNACIONAL.....	87	
<i>Juan Carlos Álvarez Cortés</i> <i>Celia Luna Vives González</i> <i>Ana Cristina Ruiz Mosquera</i>		
CAPÍTULO V. LA NECESARIA TRANSFORMACIÓN DE LAS PRESTACIONES FAMILIARES .....	105	
<i>Henar Álvarez Cuesta</i>		
CAPÍTULO VI. EL IMPACTO DE LA CONCILIACIÓN EN EL ACCESO A LA PROTECCIÓN DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL Y EN LA INTENSIDAD DE LA COBERTURA: LA BRECHA PRESTACIONAL ENTRE MUJERES Y HOMBRES EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL .....	121	
<i>Cristina Aragón Gómez</i>		

CAPÍTULO VII. ¿QUIÉN Y CÓMO CUIDAN DE LOS CUIDADORES DE LAS PERSONAS MAYORES, ENFERMAS Y DISCAPACITADAS EN EL ÁMBITO FAMILIAR? ANÁLISIS CRÍTICO DE SU ESTATUTO JURÍDICO PROTECTOR .....	139
<i>Francisco Javier Arrieta Idiákez</i>	
CAPÍTULO VIII. LA PROTECCIÓN DE LAS UNIDADES FAMILIARES EN PORTUGAL .....	157
<i>Mário Silveiro de Barros</i>	
CAPÍTULO IX. ENFOQUE ACTUAL DE LA SITUACIÓN PROTEGIDA POR LA PENSIÓN DE VIUDEDAD .....	165
<i>Miguel Basterra Hernández</i>	
CAPÍTULO X. FAMILIA Y LUCHA A LA POBREZA EN ITALIA: HACIA UN MODELO DESIGUAL Y POLICÉNTRICO EN TIEMPOS DE CRISIS.....	173
<i>Silvio Bologna</i>	
CAPÍTULO XI. CUESTIONES CONTROVERTIDAS EN LA PRESTACIONES DE MUERTE Y SUPERVIVENCIA POR VIOLENCIA DE GÉNERO .....	185
<i>María Elisa Cnados Garrido</i>	
CAPÍTULO XII. LA CONSIDERACIÓN DE LAS PAREJAS UNIDAS POR MATRIMONIO GITANO EN RELACIÓN CON EL ACCESO A LA PENSIÓN DE VIUDEDAD .....	191
<i>Juan Antonio Fernández Bernat</i>	
CAPÍTULO XIII. URGE UNA MEJORA SUSTANCIAL EN LA PROTECCIÓN SOCIAL A LA FAMILIA COMO ESTRATEGIA QUE ASEGURE LA VIABILIDAD DE LAS FUTURAS PENSIONES .....	207
<i>Fco. Javier Fernández Orrico</i>	
CAPÍTULO XIV. ESCRUTINIO Y PROPUESTAS SOBRE LAS PRESTACIONES DE MUERTE Y SUPERVIVENCIA EN SITUACIONES DE CRISIS FAMILIAR CONCURRENTES CON VIOLENCIA DE GÉNERO .....	225
<i>Francisco Xabiere Gómez García</i>	
CAPÍTULO XV. VIUDEDAD Y MATRIMONIO GITANO: EMPUJE INSTITUCIONAL ANTE LA BUENA FE DE LOS CONTRAYENTES.....	233
<i>José Antonio González Martínez</i>	
CAPÍTULO XVI. LA ADAPTACIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE LA JORNADA AL AMPARO DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA: UN ESTUDIO DEL MANDATO CONTENIDO EN EL ARTÍCULO 34.8 ET .....	245
<i>Luis Gordo González</i>	
CAPÍTULO XVII. EL DERECHO A LA PENSIÓN DE VIUDEDAD DE LAS VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO EN SUPUESTOS DE SEPARACIÓN O DIVORCIO .....	259
<i>Josune López Rodríguez</i>	

CAPÍTULO XVIII. LA ENFERMEDAD COMO ACCIDENTE DE TRABAJO. ESPECIAL ATENCIÓN A ENFERMEDADES CARDIOVASCULARES Y CONSECUENCIAS DE SU CALIFICACIÓN.....	275
<i>María del Carmen Macías García</i>	
CAPÍTULO XIX. LA PROTECCIÓN DE SEGURIDAD SOCIAL DE LA ORFANDAD ABSOLUTA. UN APUNTE CRÍTICO .....	293
<i>Jesús Martínez Girón</i>	
<i>Alberto Arufe Varela</i>	
CAPÍTULO XX. LOS EFECTOS DEL MATRIMONIO POLIGÁMICO EN ESPAÑA: LA PENSIÓN DE VIUDEDAD .....	297
<i>Eva López Terrada</i>	
<i>Ángela Martín-Pozuelo López</i>	
CAPÍTULO XXI. LA CONVIVENCIA DE PRESTACIONES PÚBLICAS EN EL ESCENARIO SOCIAL DE LA UNIDAD FAMILIAR .....	313
<i>Fernando Moreno de Vega y Lomo</i>	
CAPÍTULO XXII. UNA VISIÓN DIFERENTE DE LA PROTECCIÓN A LA FAMILIA.....	327
<i>Fulgencio Pagán Martín-Portugués.</i>	
CAPÍTULO XXIII. ASIGNACIÓN ECONÓMICA POR HIJO O MENOR ACOGIDO CON DISCAPACIDAD .....	335
<i>M<sup>a</sup> Valvanuz Peña García</i>	
CAPÍTULO XXIV. LA SINGULAR APLICACIÓN DEL COMPLEMENTO POR MATERNIDAD A LA PENSIÓN DE VIUDEDAD DESDE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO.....	347
<i>Salvador Perán Quesada</i>	
CAPÍTULO XXV. LAS RESPONSABILIDADES FAMILIARES COMO REQUISITO MODULADOR DE LA PROTECCIÓN POR DESEMPLEO .....	359
<i>Daniel Pérez del Prado</i>	
CAPÍTULO XXVI. EL COMPLEMENTO DE LA PENSIÓN POR CARGAS FAMILIARES DE LA PROGENITORA DE DOS O MÁS HIJOS COMO MEDIDA DE POLÍTICA DE APOYO A LA FAMILIA, ASPECTOS PRÁCTICOS .....	375
<i>Francisco Javier Pozo Moreira</i>	
CAPÍTULO XXVII. PENSIÓN DE VIUDEDAD EN CASO DE UNIÓN POR EL RITO GITANO.....	385
<i>Raquel Yolanda Quintanilla Navarro</i>	
CAPÍTULO XXVIII. LA PROTECCIÓN A LA FAMILIA EN EL ÁMBITO AGRARIO .....	393
<i>Juan Romero Coronado</i>	
CAPÍTULO XXIX. CARGAS FAMILIARES: SUS DISTINTAS ACEPCIONES EN EL ÁMBITO DE LA PROTECCIÓN POR DESEMPLEO.....	407
<i>Carmen Tatay Puchades</i>	

**TÍTULO V: LA PROTECCIÓN SOCIAL ANTE LOS NUEVOS RETOS Y DESAFÍOS DE LA FAMILIA Y DE LOS DERECHOS DE CONCILIACIÓN ..... 423**

Ponencias

**CAPÍTULO I. ADECUACIÓN O INADECUACIÓN DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN FAMILIAR DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN EL ACTUAL CONTEXTO SOCIAL, ECONÓMICO Y FAMILIAR. NUEVOS PLANTEAMIENTOS ..... 423**

*Miguel Ángel Almendros González*

**CAPÍTULO II. LA ACCIÓN PROTECTORA DE LA SEGURIDAD SOCIAL ANTE LA MULTIPLICIDAD DE REALIDADES FAMILIARES Y FORMAS ASISTIDAS DE ACCESO A LA MATERNIDAD..... 449**

*Pilar Rivas Vallejo*

Comunicaciones

**CAPÍTULO III. SEGURIDAD Y RIESGOS DEL TRABAJADOR BRASILEÑO Y REFLEXIONES PREVIDENCIALES (DE SEGURIDAD SOCIAL CONTRIBUTIVA): UNA VISIÓN EN EL ORIGEN DE LOS PROBLEMAS. .... 469**

*Marcelo Borsio*

*Cláudio Janotti da Rocha*

*Fábio Túlio Barroso*

**CAPÍTULO IV. MÁS ALLÁ DE LOS BENEFICIOS DE LA CONCILIACIÓN DE LA VIDA PERSONAL/FAMILIAR Y LABORAL PARA LOS/AS TRABAJADORES/AS: LAS VENTAJAS PARA LA EMPRESA Y PARA LA SOCIEDAD ..... 485**

*Eva María Blázquez Agudo*

**CAPÍTULO V. PROTECCIÓN A LA FAMILIA, SEGURIDAD SOCIAL Y EMPLEO AUTÓNOMO NO DEPENDIENTE: ¿FOMENTO O DESINCENTIVO EN EL CONTEXTO DE LA LEY 6/2017? ..... 499**

*María José Cervilla Garzón*

**CAPÍTULO VI. LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS EN SITUACIÓN DE DEPENDENCIA. AVANCES Y RETROCESOS EN SU ATENCIÓN Y CUIDADOS ..... 515**

*Manuela Durán Bernardino*

**CAPÍTULO VII. LA MEJORA DE LA PROTECCIÓN SOCIAL DE MENORES HUÉRFANOS POR VIOLENCIA DE GÉNERO ..... 533**

*Belén García Romero*

**CAPÍTULO VIII. EL DESPIDO OBJETIVO Y LAS FALTAS DE ASISTENCIA QUE TIENEN SU ORIGEN EN LA MATERNIDAD, LA PATERNIDAD, EL RIESGO DURANTE EL EMBARAZO Y LA LACTANCIA, Y LAS ENFERMEDADES CAUSADAS POR EMBARAZO, PARTO O LACTANCIA ... 547**

*Miguel Ángel Gómez Salado*



CAPÍTULO IX. LA REDUCCIÓN DE JORNADA POR CUIDADO DE MENOR AFECTO DE CÁNCER U OTRA ENFERMEDAD GRAVE: UN ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL.....	565	
<i>Carmen Jover Ramírez</i>		
CAPÍTULO X. LOS DERECHOS DE REAGRUPACIÓN FAMILIAR Y CONCILIACIÓN DE LOS TRABAJADORES MIGRANTES.....	579	
<i>Belén del Mar López Insua</i>		
CAPÍTULO XI. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR EN LAS PRESTACIONES RECONOCIDAS POR MATERNIDAD DE ALQUILER .....	597	
<i>Francisco Miguel Ortiz González-Conde</i>		
CAPÍTULO XII. LA PRESTACIÓN ECONÓMICA POR CUIDADO DE HIJOS CON CÁNCER U OTRA ENFERMEDAD GRAVE EN EL TRABAJO AUTONOMO: PARTICULARIDADES Y NUEVOS RETOS.....	613	
<i>Ana Isabel Pérez Campos</i>		
CAPÍTULO XIII. LA PROBLEMÁTICA PROTECCIÓN SOCIAL DE LA FAMILIA SIN PERSPECTIVA DE GÉNERO .....	627	
<i>María Gema Quintero Lima</i>		
CAPÍTULO XIV. EL PERMISO Y LA PRESTACIÓN POR PATERNIDAD EN EL CONTEXTO SOCIAL ACTUAL Y FUTURO .....	645	
<i>Guillermo E. Rodríguez Pastor</i>		
CAPÍTULO XV. LAS RECIENTES INTERPRETACIONES JUDICIALES DE LOS REQUISITOS DE LA PRESTACIÓN ECONÓMICA POR CUIDADO DE HIJOS CON CÁNCER U OTRAS ENFERMEDADES .....	657	
<i>María José Romero Rodenas</i>		
<i>Óscar Contreras Hernández</i>		
CAPÍTULO XVI. DELIMITACIÓN MORFOLOGICA DE LA REALIDAD FAMILIAR EN LA ACTUALIDAD: LA FAMILIA, INSTITUCION SOCIAL BASICA.....	665	
<i>Victoria Sánchez Más</i>		
CAPÍTULO XVII. LA PROTECCIÓN DE LA MUJER VÍCTIMA DE VIOLENCIA DE GÉNERO A TRAVÉS DE NUESTRO SISTEMA DE PROTECCIÓN SOCIAL. ALGUNAS REFLEXIONES CONCEPTUALES.....	673	
<i>Francisco Vigo Serralvo</i>		
TÍTULO VI: ¿EL TRABAJO Y LA FAMILIA SON COMPATIBLES? LA VISIÓN DE LOS INTERLOCUTORES SOCIALES Y DE LA ADMINISTRACIÓN.....	687	
<table border="1" style="margin: auto;"> <tr> <td>Ponencias</td> </tr> </table>		Ponencias
Ponencias		
CAPÍTULO I. PERSPECTIVA EMPRESARIAL SOBRE LA CONCILIACIÓN DE LA VIDA LABORAL Y FAMILIAR.....	687	
<i>Jordi García Viña</i>		
CAPÍTULO II. ¿EL TRABAJO Y LA FAMILIA SON COMPATIBLES?.....	709	
<i>Teresa Díaz de Terán</i>		

CAPÍTULO III. LA FAMILIA YA NO ES LO QUE ERA. EVOLUCIÓN DEL MODELO DE FAMILIA, SU IMPACTO SOBRE LA CONCILIACIÓN Y LAS NUEVAS ESTRATEGIAS DE PROTECCIÓN SOCIAL EN ESPAÑA Y EUROPA.....	719	
<i>Carlos Bravo Fernández</i>		
<i>Fernando Puig-Samper Mulero</i>		
<i>Enrique Martín-Serrano Jiménez</i>		
CAPÍTULO IV. LAS PRESTACIONES DE RIESGO DURANTE EL EMBARAZO Y DURANTE LA LACTANCIA NATURAL.....	745	
<i>Carlos Javier Santos García</i>		
CAPÍTULO V. EL MODELO ESPAÑOL DE (DES) PROTECCION FAMILIAR DESDE LA ATALAYA DE EUROPA.....	765	
<i>Carlos García de Cortázar y Nebreda</i>		
<table border="1" style="margin: auto;"> <tr> <td style="padding: 2px 10px;">Comunicaciones</td> </tr> </table>		Comunicaciones
Comunicaciones		
CAPÍTULO VI. EL “CUIDADO” DE MENORES CON CÁNCER U OTRA ENFERMEDAD GRAVE: INTERPRETACIÓN JUDICIAL”.....	777	
<i>Pilar Charro Baena</i>		
CAPÍTULO VII. EL IMPACTO DE LA REFORMA LABORAL BRASILEÑA (LEI NÚM. 13.467/2017) EN LA PROTECCIÓN A LA FAMILIA Y LA SEGURIDAD SOCIAL: EL TELETRABAJO DE LA MUJER.....	785	
<i>Daniela da Rocha Brandão</i>		
CAPÍTULO VIII. EL TRABAJO EN PRECARIO E INVISIBLE EN EL ENTORNO FAMILIAR: EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO A LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA DEL ARTÍCULO 1438 CC EN LOS PROCESOS DE SEPARACIÓN Y DIVORCIO .....	795	
<i>Brais Columba Iglesias Osorio</i>		
CAPÍTULO IX. COLECTIVOS MARGINADOS OBJETO DE LA TUTELA DEL ORDENAMIENTO JURIDICO-SOCIAL .....	815	
<i>Carlos José Martínez Mateo</i>		
CAPÍTULO X. LA RENTA MÍNIMA PARA LAS FAMILIAS SIN RECURSOS ..	831	
<i>José Luis Monereo Pérez</i>		
CAPÍTULO XI. LAS DISFUNCIONES DEL MATRIMONIO EN LA PROTECCIÓN DE LA FAMILIA. UNA PERSPECTIVA DE GÉNERO. ....	857	
<i>María Antonia Pérez Alonso</i>		
CAPÍTULO XII. ¿PROTECCION JURIDICA DE LA FAMILIA? PROPUESTAS A DEBATE CIENTIFICO Y SOCIAL.....	871	
<i>Nicolás Sánchez Morales</i>		

# **TITULO IV. LA PROTECCIÓN NORMADA A LA FAMILIA POR EL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL**

## **PONENCIA**

### **CAPÍTULO I. VIUDEDAD, ORFANDAD Y PROTECCIÓN A OTROS FAMILIARES. SOBRE LA NECESIDAD DE UNA REORIENTACIÓN EN SU PROTECCIÓN**

**GUILLERMO RODRÍGUEZ INIESTA**

*Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de Murcia*

*Magistrado (supl.) Tribunal Superior de Justicia de la Región de Murcia*

#### **I. SOBRE LA NECESIDAD DE UNA REFORMA DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS PRESTACIONES POR MUERTE Y SUPERVIVENCIA**

##### **1. ALGUNAS PRECISIONES O CONSIDERACIONES A TENER EN CUENTA**

Es común a todo trabajo o comentario acerca de las prestaciones por muerte y supervivencia y más concretamente de la pensión de viudedad que se concluya sobre la necesidad de una reformulación integral de la misma y se avance o proponga una nueva configuración de las mismas. Es más, se podría llegar a afirmar, que no hay estudio que se precie sobre esta prestación que no cuestione la situación actual y abogue por una reforma profunda de las mismas. Incluso algunos llegan, eso sí, muy tímidamente a plantearse si son necesarias actualmente estas prestaciones.

En muchos de esos análisis se traslada la impresión de que nos encontramos ante unas prestaciones que han perdido su sentido inicial, que se han quedado obsoletas antes las nuevas realidades sociales y familiares y hay –caso de que se quieran mantener– que recuperar aquella finalidad reparadora de la situación de necesidad que las caracterizaba.

Se llega a pensar que nuestro legislador ha mirado hacia otro lado y no ha tenido en cuenta que desde aquella situación normada en 1-1-1967 las cosas han cambiado mucho. Esta opinión o sentimiento es erróneo y nada más lejos de la realidad, veamos sino el siguiente cuadro resumen de la preocupación y actuación constante del legislador sobre las prestaciones que nos ocupan:

## II Congreso Internacional y XV Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social

Cuadro 1. Síntesis de las reformas llevadas a cabo en el régimen jurídico de las prestaciones por muerte y supervivencia en el periodo 1967-2018

REFORMAS DIRECTAS E INDIRECTAS DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA PROTECCIÓN POR MUERTE Y SUPERVIVENCIA 1967-2018	
DISPOSICIÓN	MEDIDAS
Ley 24/1972, de 21 de julio <sup>1</sup>	-Eliminar determinadas restricciones para el acceso a la pensión de viudedad. Ya no será necesario contar con una determinada edad, estar incapacitada o bien tener hijos a cargo habidos en el matrimonio. -Suprimió el requisito de cotización previa para los supuestos de muerte de causante derivada de accidente no profesional. -Facilitó el acceso a las prestaciones de supervivencia cuando el causante hubiera desaparecido con motivo de un accidente en circunstancias que hicieran presumir su muerte, evitando el costoso, largo y farragoso procedimiento civil. -Mejóro la forma de cálculo y determinación de la cuantía de las pensiones. -Declarará imprescriptible derecho al reconocimiento de las prestaciones por muerte y supervivencia.
Decreto 2065/1974, 30 mayo <sup>2</sup>	El texto refundido llevó a cabo una equiparación plena de los hijos cualquiera que fuera la naturaleza de su filiación. En el ámbito civil habrá que esperar a la Ley 11/1981, de 13 de mayo.

REFORMAS DIRECTAS E INDIRECTAS DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA PROTECCIÓN POR MUERTE Y SUPERVIVENCIA (1967-2018 cont.)	
DISPOSICIÓN	MEDIDAS
Ley 30/1981, de 7 de julio (DA. 10. <sup>3</sup> ) <sup>3</sup>	Conocida como <i>Ley del Divorcio</i> abrirá la posibilidad a que ex cónyuges puedan acceder a la pensión de viudedad y en su caso a la concurrencia de beneficiarios. La Resolución de 23-6-1989 de la Secretaría General de la Seguridad Social dispondrá que la pensión de viudedad se reconozca sin el cumplimiento del requisito de la convivencia.
Ley 26/1990, de 20 diciembre <sup>4</sup>	Suprimirá formalmente las diferencias entre el hombre y la mujer en el acceso a la pensión de viudedad. Asume la doctrina constitucional <sup>5</sup> .
RD 1670/1990, de 28 diciembre <sup>6</sup>	Introduce un nuevo mínimo para la cuantía de la pensión de viudedad para los viudos comprendidos entre los 60-64 años.
RD 9/1991, 11 de enero <sup>7</sup>	Su DA. 13. <sup>8</sup> Igualará la acción protectora de las prestaciones por muerte y supervivencia de los sujetos incluidos en el RETA al Gral.
RD 2319/1993, de 29 diciembre <sup>8</sup>	Su DA. Undécima. Igualará la acción protectora de las prestaciones por muerte y supervivencia de los sujetos incluidos en el REH al Gral.
Ley 24/1997, de 15 de julio <sup>9</sup>	Nuevo mínimo para pensionistas de viudedad menores de 60 años. Ampliación de la edad en el percibo de la pensión de orfandad.
Ley 66/1997, 30 diciembre <sup>10</sup>	Posibilidad de causar pensiones de supervivencia sin estar en alta o situación asimilada si bien con un periodo de cotización cualificado de 22 años. Nueva redacción al reparto de la pensión de viudedad en caso de separación y divorcio y matrimonios nulos.
Ley 50/1998, 30 diciembre <sup>11</sup>	Se rebaja el período de cotización exigible en casos de ausencia de alta o asimilada pasando ahora a quince años.

<sup>1</sup> Su título era de "Financiación y perfeccionamiento y mejora de la acción protectora del Régimen General de la Seguridad Social", sería luego desarrollada por Decreto 1646/1972, de 23 de junio y Orden de 31 de julio de 1972.

<sup>2</sup> Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social

<sup>3</sup> Su título era "Ley 30/1981, de 7 julio, Modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio"

<sup>4</sup> Su título era "Ley 26/1990, de 20 de diciembre por la que se establecen en la Seguridad Social prestaciones no contributivas".

<sup>5</sup> La STC 103/1983, de 22 de noviembre, ya había declarado inconstitucional el art. 160 párrafo segundo de la LGSS y el inciso 1 del párrafo 1.

<sup>6</sup> De Revalorización de pensiones del sistema de la Seguridad Social y de otras prestaciones de protección social pública para 1991.

<sup>7</sup> Sobre normas de cotización a la Seguridad Social. Desempleo. Fondo de Garantía Salarial y Formación Profesional en 1991.

<sup>8</sup> De Revalorización de Pensiones del Sistema de Seguridad Social y de otras prestaciones de protección social pública para 1994.

<sup>9</sup> Su título era "Consolidación y Racionalización del Sistema de Seguridad Social". Vid RR.DD 1647/1997, de 31 de octubre y 4/1998, de 9 de enero, dictados en desarrollo de dichas previsiones. El primero y en relación con los huérfanos precisó ¿se extralimitó? que la incapacidad requerida para disfrutar de la pensión de orfandad más allá de los 18 años era la equivalente a "un porcentaje valorado en un grado de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez. El segundo Real Decreto incluyó también previsiones relativas a las prestaciones favor familiares inicialmente no previstas en la Ley 24/1997.

<sup>10</sup> De Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.

<sup>11</sup> De Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.

REFORMAS DIRECTAS E INDIRECTAS DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA PROTECCIÓN POR MUERTE Y SUPERVIVENCIA 1967-2018 (cont.)	
DISPOSICIÓN	MEDIDAS
Ley 24/2001, de 27 diciembre <sup>12</sup>	Elevación progresiva del porcentaje de la pensión de viudedad hasta alcanzar el 52 % <sup>13</sup> . Un nuevo porcentaje de la pensión de viudedad del 70 %. Nueva redacción de las causas de extinción de la pensión. Desaparece la prestación sustitutiva de la pensión denominada dote por contraer nuevo matrimonio. Posibilidad de mantener el disfrute de la pensión de viudedad, aunque se contraiga nuevas nupcias. Elevación de la edad de permanencia en el disfrute de la pensión de orfandad. Modificación de las causas de extinción de la pensión de orfandad <sup>14</sup> .
Ley 52/2003, de 10 diciembre <sup>15</sup>	Concreta los términos en que determinará el período de cotización exigible en los casos de ausencia de alta o asimilada a ella. Establece reglas de compatibilidad en el supuesto de pluripensionistas de viudedad. Se declara incompatible el percibo por el huérfano de la asignación por hijo a cargo que les hubiere correspondido a sus progenitores con la pensión de orfandad <sup>16</sup> .
Ley 62/2003, de 30 diciembre <sup>17</sup>	Nueva redacción del art. 172.1 LGSS.
RD 1795/2003, de 26 diciembre <sup>18</sup>	Elevación del porcentaje de la pensión de viudedad, fijándolo en el 52 %. Modificación del período de elección de la base reguladora, ampliándolo a 15 años. Clarificación del cálculo y determinación de la cuantía de la base reguladora cuando el causante era pensionista.
LO 1/2004, de 25 de octubre <sup>19</sup>	Pérdida de la condición de beneficiario de quien haya sido condenado por un delito de violencia de género.
Ley 9/2005, 29 diciembre	Posibilidad de compatibilizar las pensiones SOVI y viudedad del sistema.
LO 3/2007, de 22 de marzo <sup>20</sup>	Su DA. 18 núm. 11 modifica el art. 172. Letra b del ap. 1 para incluir dentro de los beneficiarios a los perceptores de subsidios por paternidad y riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia.

<sup>12</sup> Desarrollado por RD 1465/2001, de 27 diciembre.

<sup>13</sup> El RD 1425/2002, de 27 diciembre, lo fijó en el 48 % para 2003.

<sup>14</sup> El RD 1425/2002, de 27 diciembre, introdujo también como causa de extinción la adopción del huérfano.

<sup>15</sup> De Disposiciones específicas en materia de seguridad Social.

<sup>16</sup> El RD 364/2004, de 5 de marzo, modificará esta situación de incompatibilidad.

<sup>17</sup> De Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social.

<sup>18</sup> De Mejora de las Pensiones de Viudedad.

<sup>19</sup> De Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. Véase MONEREO PÉREZ, J.L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G.: "Género y Seguridad Social (2). Nuevas propuestas de reforma de la protección por muerte y supervivencia de la Seguridad Social derivadas de situaciones de violencia de género", Revista de Derecho de la Seguridad Social, núm. 12, tercer trimestre, 2017, págs. 13-22-

<sup>20</sup> Para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres.

REFORMAS DIRECTAS E INDIRECTAS DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA PROTECCIÓN POR MUERTE Y SUPERVIVENCIA 1967-2018 (cont.)	
DISPOSICIÓN	MEDIDAS
Ley 40/2007, 4 diciembre <sup>21</sup>	Nueva cuantía del auxilio por defunción y la previsión de su actualización periódica. Modificaciones sustanciales en la protección a la viudedad: -Nuevo requisito de “antigüedad” en el matrimonio. -Incorporación de una prestación temporal. -Inclusión como beneficiarios a los supervivientes de una pareja de hecho. -Nuevas exigencias para ser beneficiarios en los supuestos de divorcio, separación y nulidad exigiendo una situación de dependencia económica y por tanto introduciendo un requisito asistencial. -Modificación de los supuestos de extinción o imposibilidad de acceso a la pensión. □ Supresión del requisito de cotización previa para la orfandad. □
Ley 26/2009, 23 diciembre <sup>22</sup>	Posibilidad de ser beneficiario de la pensión de viudedad en casos de separación, divorcio o nulidad sin haberse acordado pensión compensatoria en caso de violencia de género.
Ley 27/2011, de 1 agosto <sup>23</sup>	Establecimiento de un nuevo porcentaje del 60 % para la pensión de viudedad. Nueva modificación de la DT. 18ª de la LGSS. Ampliación de la edad disfrute de la pensión de orfandad.
Ley 26/2015, de 28 julio <sup>24</sup>	Impedimento para ser beneficiarios de las prestaciones de supervivencia. Adopción de medidas cautelares en los supuestos de culpabilidad en la muerte del causante. Incremento de las pensiones de orfandad y favor familiares. Abono de las pensiones de orfandad. Comunicación de actuaciones en relación con la eficacia de las revisiones de prestaciones o adopción de medidas cautelares.
Ley 48/2015, 29 de octubre <sup>25</sup>	Supresión la previsión de revalorización anual del auxilio por defunción.
RD Leg. 8/2015, de 30 de octubre <sup>26</sup>	El texto refundido de la LGSS/2015 incluye –excediéndose del mandato- causas de compatibilidad y extinción de las prestaciones temporales de viudedad.
Ley 6/2018, 3 de julio <sup>27</sup>	Puesta en marcha del porcentaje del 60 % cuya aplicación había sido suspendida por sucesivas Leyes de Presupuestos.

En definitiva:

- a) Adviértase, que cinco años después de la entrada en vigor de nuestro sistema ya se llevó a cabo una importante reforma de las mismas (como luego se comentará); y
- b) Que desde 1972 a 2018 nos encontramos con (s.e.u.o) 24 reformas. O lo que viene a ser muy ilustrativo, a un promedio de una cada dos años.

No hay pues un olvido o abandono por parte del legislador de estas prestaciones, otra cosa es la valoración que de las reformas se pueda hacer.

Pero, por otro lado, no debe olvidarse la tarea llevada a cabo en su configuración y toma en consideración de la realidad social del momento llevada a cabo por los tribunales. Está muy lejos de haberse limitado una aplicación literal de la Ley, sino que a lo largo del tiempo ha ido moldeando el régimen jurídico de estas prestaciones y provocando que el legislador haya tenido

<sup>21</sup> Rubricada como “de medidas en materia de Seguridad Social”. Sobre la reforma de 2007 véase RODRÍGUEZ INIESTA, G.: “La pensión de viudedad,” capítulo IV.2 de la obra colectiva *La reforma de la Seguridad Social 2007-2008*, dirigida por SEMPERE NAVARRO. AV., Editorial Thomson-Aranzadi, Navarra, 2008, págs. 271 a 302

<sup>22</sup> De Presupuestos Generales del Estado para el año 2010.

<sup>23</sup> Sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social. Sobre la reforma de 2011, véase RODRÍGUEZ INIESTA, G.: “Muerte y Supervivencia”, capítulo VI de la obra colectiva *Reforma y Modernización de la Seguridad Social. Análisis de la Ley 27/2011, de 1 de agosto*, obra dirigida por SEMPERE NAVARRO, AV. y FERNÁNDEZ ORRICO, Editorial Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2012, págs. 349 a 362.

<sup>24</sup> De modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

<sup>25</sup> De Presupuestos Generales del Estado para el año 2016. Ver RODRÍGUEZ INIESTA, G.: “Imposibilidad de obtener o mantener la condición de beneficiario de prestaciones por muerte y supervivencia (a propósito de la reforma introducida por la Ley 26/2015)”, en obra colectiva dirigida por BARRIOS BAUDOR, G. y RODRÍGUEZ INIESTA, G., *Cuestiones actuales en materia de Seguridad Social*, Ediciones Laborum, Murcia, 2017 págs. 759-776.

<sup>26</sup> Art. 223 LGSS.

<sup>27</sup> De Presupuestos Generales del Estado para 2018. Las previsiones sobre dicho porcentaje se encuentran desarrolladas en el RD 900/2018, de 20 de julio.

que asumir sus criterios o al menos intentar reducir el impacto que los mismos podrían generar. Veamos algunos ejemplos:

#### A) De la doctrina del Tribunal Supremo

En esta tarea interpretativa podrían señalarse:

- La interpretación humana, flexible e individualizadora del requisito de alta o situación asimilada, que en estas prestaciones puede considerarse como precursora y su luego extensión a otras prestaciones<sup>28</sup>. Y quizás, como respuesta a ello, el legislador con las reformas introducidas por las Leyes 66/1997 y 50/1998 permitirá la posibilidad de causar prestaciones desde situaciones de no alta o asimilada.
- La inicial interpretación amplia y flexible de estar incapacitado de forma absoluta para el trabajo como condición para que el huérfano perciba o continúe en su disfrute más allá de la edad máxima de 18 años inicialmente que luego se verá reconducida a una interpretación estricta de tal grado de incapacidad<sup>29</sup>.
- Las reglas de reparto de la pensión de viudedad en caso de concurrencia de beneficiarios de la pensión de viudedad<sup>30</sup> y la asimilación de las situaciones de matrimonios nulos a separados y divorciados.
- La aplicación de la presunción de muerte en caso de desaparición del causante en circunstancias especiales<sup>31</sup>.
- La interpretación acerca la consideración de huérfano simple o absoluto<sup>32</sup>.
- Los criterios entorno al acceso de las parejas de hecho a la pensión de viudedad y sus condiciones<sup>33</sup>.
- Sobre la necesidad de estar percibiendo pensión compensatoria en casos de separación o divorcio y su interpretación no nominalista singularmente en casos de violencia de género<sup>34</sup>.
- Sobre la consideración de las situaciones de bigamia como hábiles a la hora de generar pensiones de viudedad<sup>35</sup>.
- Etcétera.

#### B) De la doctrina del Tribunal Constitucional

Entre otras podrían señalarse, los pronunciamientos relativos a:

- La igualdad de condiciones de acceso a las prestaciones del hombre y la mujer<sup>36</sup>.

---

<sup>28</sup> Ver entre otras STS 20-1-2015, RJ 2015/749. Véase RODRÍGUEZ INIESTA, G.: “Un juez concede pensión de viudedad a una inmigrante pese a que el marido no estada dado de alta cuando falleció”, Revista Aranzadi Social n.º 16, 2005 págs. 27-42.

<sup>29</sup> Ver entre otras STS 28-4-1999 (RJ 4653/1999).

<sup>30</sup> Véase STS 21-3-1985 (RJ 2171/1985, entre otras. Véase RODRÍGUEZ INIESTA, G.: “El reparto de la pensión de viudedad cuando concurren cónyuge y ex cónyuge”, Revista Aranzadi Social núm. 16, 2009, págs. 27-31.

<sup>31</sup> STS 15-12-2004 (RJ 2005/105). Véase RODRÍGUEZ INIESTA, G.: La presunción de muerte en la Seguridad Social, Revista Aranzadi Social núm. 21, 2005, págs. 29-36.

<sup>32</sup> Ver por todas STS 12-11-2016 RJ 2016/6198. Ver RODRÍGUEZ INIESTA, G.: “Huérfano de padre cuya madre vive. Equiparación a huérfano absoluto. Criterio humanizador”, Revista Aranzadi Social núm. 11, 2005, págs. 19-24; y también “El huérfano simple asimilado al huérfano absoluto”, en Revista Aranzadi Social núm. 13, 2005, págs. 51-63.

<sup>33</sup> Por todas STS 22-3-2016 (RJ 2016/1120).

<sup>34</sup> STS 21-1-2017 Rec. 2935/2015; STS 24-6-2013 RJ 6234, STS 30-9-2014 RJ 5772. En este sentido véase por su interés el RD-ley 9/2018, de 3 agosto, de medidas para el desarrollo del Pacto de Estado contra la violencia de género, cuyo artículo único modifica el art. 23 de la LO 1/2004, de 28 de diciembre, sobre acreditación de las situaciones de violencia de género.

<sup>35</sup> STS -Cont. Advo.- 21-3-2017 (Rec. 98/2017).

II Congreso Internacional y XV Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social

---

- Sobre la constitucionalidad del requisito de exigir un vínculo matrimonial, legítimo, actual o pasado<sup>37</sup>.
- Sobre la inconstitucionalidad de causa de extinción de la pensión de viudedad de la convivencia more uxorio de los beneficiarios<sup>38</sup>.
- Sobre la situación de necesidad cubierta por la pensión de viudedad<sup>39</sup>.
- Viabilidad de ser beneficiarios en caso de matrimonios celebrados bajo ritos reconocidos pero no inscritos<sup>40</sup>.
- Respecto a la necesidad o no de inscripción del matrimonio religioso como causa que impedía el acceso a la pensión de viudedad<sup>41</sup>.
- Sobre la consideración de las parejas de hecho antes y después de su reconocimiento legal como situación hábil a los efectos de ser beneficiario de la pensión de viudedad<sup>42</sup>.
- Respecto a formas no usuales de matrimonio, como el matrimonio bajo rito gitano<sup>43</sup>.
- Sobre las exigencias a las parejas de hecho relativas a su formalización y convivencia o hijos comunes para hechos causantes anteriores a 1-1-2008<sup>44</sup>.
- Sobre no trato discriminatorio a parejas homosexuales que no pudieron contraer matrimonio antes de su regulación<sup>45</sup>.
- A la discriminación por razón del territorio de residencia en CC.AA con derecho civil propio relativo a las parejas de hecho<sup>46</sup>.
- Etcétera.

Que reflejan claramente como los tribunales han ido participando en la configuración y actualización de la protección por muerte y supervivencia por la Seguridad Social.

### C) Estudios, informes y acuerdos políticos sobre la necesidad de abordar reformas en el sistema y concretamente en las prestaciones por muerte y supervivencia

Y finalmente, no debe olvidarse la preocupación constante en todos los estudios que se han venido realizando sobre el sistema público de la Seguridad Social, desde fechas muy recientes a la puesta en marcha del sistema de Seguridad Social y en la que siempre se recoge una llamada de atención a la necesidad de abordar reformas en estas prestaciones.

---

<sup>36</sup> STC 103 y 104/1983, 22 de noviembre. Una crítica a la misma puede verse en FERRERAS ALONSO, F.: “La igualdad de trato de mujeres y hombres en la Seguridad Social española. De la realidad constitucional a la realidad diaria”, Revista Relaciones Laborales núm. 17, 2003, págs. 13 y ss.

<sup>37</sup> STC 184/90, 15 de noviembre, 177/1985, de 18 diciembre, 27/1986, de 22 de diciembre, entre otras

<sup>38</sup> STC 125/2003, de 19 de julio.

<sup>39</sup> STC 253/1988, 20 de diciembre.

<sup>40</sup> STC 194/2014, de 1 de diciembre.

<sup>41</sup> STC 199/2004, de 15 de noviembre.

<sup>42</sup> STC 51/2014, de 7 de abril.

<sup>43</sup> STC 69/2007, de 16 de abril. Recuérdese la respuesta contraria a dicho criterio dada por la STEDH de 8 diciembre de 2009. El TS se ha vuelto nuevamente a pronunciar en sentido negativo, declarando no aplicable la STEDH anterior en su sentencia –Pleno- de 25-1-2018 Rec. 2401/2016. Un análisis de la misma puede verse en SEMPERE NAVARRO, A.V.: “Las uniones por el rito gitano ante la pensión de viudedad”, en Revista Española de Derecho del Trabajo, 209, mayo 2018, págs. 11-18.

<sup>44</sup> STC 41/2013, de 14 de febrero

<sup>45</sup> STC 92/2014, de 10 de junio.

<sup>46</sup> STC 40 / 2014, de 11 de marzo. Ver RODRÍGUEZ INIESTA, G.: “La residencia como factor determinante en la condición de beneficiario de la pensión de viudedad”, en obra colectiva *Crisis Económica, Reformas Laborales y Protección Social* (homenaje al profesor Jesús María Galiana Moreno), Editum. Murcia, 2014, págs. 811-860.



Por ejemplo y a modo de síntesis pueden recordarse:

A) En estudios o informes oficiales o cuasi oficiales

ESTUDIO/INFORME	SUGERENCIAS/CONSIDERACIONES A DESTACAR
<i>Libro Blanco de la Seguridad Social</i> <sup>47</sup>	<p><i>Objetivo declarado:</i> Reajustar los requisitos exigidos para el reconocimiento del derecho a las prestaciones por estos conceptos, así como su cuantía<sup>48</sup>.</p> <p><i>Medidas concretas:</i></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>-Necesidad de una actualización del subsidio por defunción.</li> <li>-Revisión de los requisitos de convivencia y dependencia económica.</li> <li>-Desaparición tratamiento privilegiado del AT / EP.</li> <li>-Revisión del acrecimiento de la pensión de orfandad con la de viudedad para todos los supuestos en que la misma se extinga.</li> <li>-Una incorporación desordenada de familiares a la protección, no justificada.</li> <li>-Necesidad de replanteamiento del régimen de las compatibilidades.</li> </ul>
<i>Libro Rojo de la Seguridad Social</i> <sup>49</sup>	<ul style="list-style-type: none"> <li>-Supresión de la facultad de las entidades gestoras para vigilar la conducta de los beneficiarios (referente a las causas de extinción basadas en la conducta deshonestas del beneficiario).</li> <li>-Incompatibilidad con la pensión de jubilación.</li> </ul>
<i>El Libro Amarillo</i> <sup>50</sup>	<p>Eliminación del requisito de alta o situación asimilada al momento del hecho causante.</p> <p>Eliminación del requisito de que las cotizaciones a efecto de carencia deban de estar en años precedentes al hecho causante.</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>-Revisar el período mínimo de cotización.</li> <li>-Modificación del cálculo y determinación de la base reguladora.</li> <li>-Actualización anual de las pensiones.</li> <li>-Desaparición de la toma en consideración de los denominados días cuota a efectos de cobertura de períodos mínimos de cotización.</li> <li>-Reconducción de la protección por supervivencia a la pensión de jubilación.</li> <li>-Incompatibilidad con pensiones y con trabajo.</li> <li>-Reconsideración de la prestación favor familiares.</li> </ul>

<sup>47</sup> MINISTERIO DE TRABAJO: *Libro Blanco de la Seguridad Social*, 2ª Edición, 1977 Pág. 720 y ss. Madrid

<sup>48</sup> El Libro Blanco cuando analiza las prestaciones por muerte y supervivencia comienza planteándose varias cuestiones: a) La primera es cuál debería ser la filosofía de la protección. Entiende que si se parte de una concepción integral del núcleo familiar del trabajador las prestaciones deberían de articularse dentro de las medidas de protección a la familia. Ahora bien si se opta por una concepción individual de cada uno de los elementos que constituyen el núcleo familiar del trabajador (viudo, huérfano, ...) la acción a desplegar debería comprender o integrarse entre las actuaciones en materia de empleo (fundamentalmente a favor de la mujer), de protección a los menores (huérfanos) o minusválidos (huérfanos, mayores incapaces), de protección a la vejez (padres,...), etc. ; b) En segundo lugar se considera que hay un hecho causante único, al que no caben asimilaciones (v. gr. el encarcelamiento de una persona, la incapacidad de una persona), dejando a salvo un supuesto muy singular como es la desaparición del trabajador con ocasión o con motivo de un accidente; y c) En tercer lugar que hay un elemento distorsionador de las prestaciones en relación con la valoración de la situación de necesidad, que es la singularidad en la protección que se ofrece cuando la muerte es imputable a causas profesionales.

<sup>49</sup> El estudio, cuyo contenido no llevo a publicarse, se denominaba “Alternativas para la racionalización y mejora de la Seguridad Social”, el estudio estaba fechado a 9-9-1981. Referencia a su contenido puede verse en DE LA VILLA GIL, L.E.: “La reforma del Derecho de las Pensiones”, ponencia presentada al II Congreso Nacional del Derecho del Trabajo y Seguridad Social, celebrado en Gran Canaria 17-20 de junio de 1985, RSS n.º 25, 1985, pág. 7 y ss.; y también en AA.VV. *Seguridad Social –documentos-*, Papeles de Economía Española, Fundación Fondo para la Investigación Económica y Social. Cajas de Ahorros, Madrid, 1980.

Partiendo de las críticas recibidas y las alternativas que se propusieron, se elaboró un “Documento de Síntesis de la Presidencia de la Comisión”, del que puede destacarse las siguientes medidas:

- Fijar como período mínimo de cotización para causar pensiones de supervivencia el de cinco años, para enfermedad y accidente común.
- Supresión del requisito del alta o situación asimilada.
- Supresión de la carencia específica.
- Revisión del período de cálculo de la base reguladora tomando el salario medio individual actualizado a un período más amplio como mínimo seis años
- La conversión de las pensiones con reconducción de todas ellas a la de jubilación.
- La incompatibilidad de las pensiones entre sí y con el trabajo
- Revisión de las medidas de reforma de 1972 en materia de muerte y supervivencia, por haber producido una creación artificial de pasivos y graves tratamientos discriminatorios.
- Modificación de la base de cálculo de las pensiones.
- Supresión de que las entidades gestoras puedan, aduciendo una conducta deshonestas de la viuda, denegar, suspender o extinguir las correspondientes prestaciones.

Ver AA.VV. (1980): “Seguridad Social –documentos-” ob. cit. págs. 139 y ss.

## II Congreso Internacional y XV Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social

ESTUDIO/INFORME	SUGERENCIAS/CONSIDERACIONES A DESTACAR
<i>El Libro Naranja</i> <sup>51</sup>	<p>Supresión del requisito del alta y de cotización específica.</p> <p>Elevación del período mínimo de cotización</p> <p>Mantenimiento del poder adquisitivo de las pensiones.</p> <p>Modificación del período de base reguladora a tomar en consideración (toda la vida laboral del causante)</p> <p>Nueva fórmula de cálculo de la pensión para hacer girar en torno a la pensión de jubilación.</p> <p>Nuevo marco de compatibilidades.</p> <p>Inclusión de dos nuevas prestaciones para la viudedad: a) prestación temporal de viudedad para quienes no tengan derecho a la pensión; y b) Subsidio temporal por desequilibrio económico.</p> <p>Una edad mínima de acceso a la pensión de viudedad.</p> <p>Prestaciones para los casos de separación y divorcio exigiendo en estos casos acreditación de dependencia económica.</p>

## B) En los acuerdos políticos y sociales

Es el caso de:

ACUERDO O PACTO	MEDIDAS CONTEMPLADAS
<i>Pacto de Toledo</i> <sup>52</sup>	<p>-Elevación de la edad máxima de permanencia en el percibo de la pensión de orfandad.</p> <p>-Mejora de las pensiones de viudedad con menores ingresos.</p>
<i>Acuerdo sobre Consolidación y Racionalización del Sistema de Seguridad Social</i> <sup>53</sup>	<p>-Mejora de las pensiones de viudedad para menores de 60 años con cargas familiares.</p> <p>-Posibilidad de reconocer o mantener el percibo de la pensión de orfandad más allá de los 18 años.</p>
<i>Acuerdo para la Mejora y Desarrollo del Sistema de Protección Social</i> <sup>54</sup>	<p>-Mejora del porcentaje de la pensión de viudedad, pasando de forma progresiva del 45 % al 52 %.</p> <p>-Nuevo porcentaje de la pensión de viudedad del 70 %.</p> <p>-Posibilidad de mantener el percibo de la pensión de viudedad, aunque se contraigan nuevas nupcias.</p> <p>-Nuevas pensiones mínimas de viudedad en atención a la edad y cargas familiares.</p>
<i>Revisión y Renovación del Pacto de Toledo</i> <sup>55</sup>	<p>-Reformulación de las prestaciones de supervivencia con un doble objetivo: por una parte, cubrir de forma efectiva las necesidades familiares que se producen como consecuencia del fallecimiento de una persona y, por otra, mejorar sustancialmente las actuales prestaciones de viudedad de las personas que no disponen de otros ingresos, especialmente en el caso de mayores de 65 años. Se recomienda, asimismo, eliminar las contradicciones que se derivan de la aplicación de las normas reguladoras de la viudedad.</p> <p>En relación con las prestaciones de orfandad, se insta a profundizar en mejoras de la misma, especialmente en los casos de aquellas pensiones reducidas unidas a la falta de ingresos alternativos o si son estos muy bajos.</p>

<sup>50</sup> Así se conoce a la Comunicación del Gobierno relativa al “Programa de Mejora y Racionalización de la Seguridad Social”; publicado en la Colección Informes n.º 38, Servicio Central de Publicaciones de la Presidencia del Gobierno, con el título *La Seguridad Social Española. Programa de Mejora y Racionalización* (el color del mismo era verde).

<sup>51</sup> El Acuerdo Económico Social suscrito en 9-10-1984 señalaba en su artículo 13 –referido a la Comisión Tripartita para la reforma de la Seguridad Social– “las partes firmantes coinciden en la necesidad de afrontar cuanto antes un proceso de reformas en el actual sistema de Seguridad Social, de modo que puedan eliminarse las incertidumbres surgidas, y se definen bases firmes sobre las que asentar su futuro”. Se fija un compromiso, la de constituir en el término de quince días una Comisión Tripartita que “en plazo de tres meses proceda a un examen de conjunto del actual sistema de Seguridad Social y que formule las propuestas correspondientes, sean comunes o específicas de cada una de las partes. Con objeto de efectuar dicho examen conjunto y presentar propuestas, el Gobierno aportará la documentación oportuna y los correspondientes borradores normativos”. A tal fin se facilitó a la Comisión un “Documento base para la reforma”, al que se le denominó el Libro Naranja (por estar encuadrado en este color). Este documento sería editado por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social en dentro de la colección informes, Serie Seguridad Social, conocida también como la “serie azul”, con el título “Documento base sobre la reforma de la Seguridad Social”.

<sup>52</sup> Aprobado por Resolución de 6 de abril de 1995 del Congreso de los Diputados.

<sup>53</sup> La concreción de estas medidas llegaría con la Ley 24/1997, de 15 de julio. Además, incluyó la posibilidad de causar prestaciones por muerte y supervivencia sin necesidad de estar en alta o situación asimilada, si bien con las exigencias de un plus de cotización de 22 años, que luego serían rebajados a 15 por la Ley 50/1998.

<sup>54</sup> La concreción de tales medidas se llevaría a cabo con la Ley 24/2001, de 27 de diciembre y el RD 1465/2001, de 27 de diciembre.

<sup>55</sup> Aprobado por el Congreso de los Diputados, en sesión de 2-10-2003, conocido también como “Renovación del Pacto”.

## Protección a la Familia y Seguridad Social. Hacia un nuevo modelo de protección sociolaboral

<p><i>Acuerdo sobre Medidas en materia de Seguridad Social</i><sup>56</sup></p>	<p>Pensión de viudedad:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>-Fijación de un requisito adicional para causar la pensión cuando la muerte es imputable a enfermedad común, la exigencia de una duración o antigüedad del matrimonio (si bien con excepciones).</li> <li>-Endurecimiento en el acceso a la pensión de viudedad para los casos de crisis o rupturas matrimoniales, al tener que acreditar dependencia económica del causante.</li> <li>-Una garantía de mínimos para el cónyuge o pareja de hecho para los casos de concurrencia de beneficiarios.</li> <li>-El acceso a la pensión de viudedad (y otras prestaciones anejas) de las parejas de hecho.</li> </ul> <p>b) Pensión de orfandad:</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>-Se facilita el acceso a los huérfanos al suprimir la exigencia de período mínimo de cotización del causante.</li> <li>-Mayor facilidad al huérfano para el mantenimiento o acceso a la pensión una vez cumplidos los 18 años.</li> <li>-No vinculación del porcentaje de la pensión con el porcentaje especial del 70 % de la pensión de viudedad.</li> <li>-Mejora para los supuestos de acrecimiento con la pensión de orfandad cuando no hubiere pensionista de viudedad.</li> </ul>
<p>Nueva reformulación del Pacto de Toledo<sup>57</sup></p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>-Una reformulación integral de las prestaciones por muerte y supervivencia, singularmente la viudedad y la orfandad.</li> <li>-Mejorar la actual pensión de viudedad (de mayores de 65 años) y la orfandad.</li> <li>-La reforma debe mantener el carácter contributivo de estas prestaciones, sin perjuicio de introducir medidas o criterios en el acceso como edad, renta, hijos, compatibilidades, etc.</li> <li>-Toma en consideración de nuevas realidades sociales y familiares, circunstancias socioeconómicas, para mejorar la protección de los pensionistas sin recursos y adecuación de la protección a otros colectivos.</li> <li>-Se inclina porque la intensidad protectora sea en los 65 o más años, en los que la pensión es la principal fuente de ingresos, al objeto de garantizar una renta equiparable a la existente al fallecimiento, si bien con un límite.</li> <li>-Vincular la cuantía de la pensión a los períodos de cotización del causante, con una fórmula similar a la pensión de jubilación.</li> <li>-Tratamiento fiscal singular de la pensión de viudedad (la pensión de orfandad está exenta, art. 7 letra h) de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre).</li> <li>-Revisión del conjunto de prestaciones para ver aquellas que han perdido su eficacia (se supone que va referido al auxilio por defunción y algunas de las prestaciones favor familiares).</li> <li>-Una pensión no contributiva de orfandad.</li> <li>-Elevación de la pensión de orfandad.</li> </ul>

Como se puede ver por lo reseñado también interlocutores sociales han mostrado una constante preocupación por las prestaciones objeto de estudio.

C) En proyectos y estudios privados sobre las reformas acometer en el Sistema de Seguridad Social

Sería muy complejo hacer aquí una reseña de los múltiples proyectos y estudios que se han hecho bien por instituciones públicas o privadas<sup>58</sup> o por la doctrina científica<sup>59</sup>, pero todos ellos demuestran el constante interés que estas prestaciones han y siguen suscitando.

<sup>56</sup> El 13 de julio de 2006 se suscribe el denominado “Acuerdo sobre medidas en materia de seguridad social entre Gobierno, CEOE y los sindicatos UGT y CC.OO. con el objetivo de avanzar en el logro de un sistema de protección social más justo, solidario y eficiente que a la vez que garantice los niveles de cobertura, asegura y refuerza el equilibrio financiero y la compatibilidad de la Seguridad Social con la creación de empleo y riqueza productiva, proponiendo toda una serie de medidas que luego encontrarían su plasmación en la Ley 40/2007, de 4 de diciembre.

Véase RODRÍGUEZ INIESTA, G.: “La reforma de la protección por muerte y supervivencia”, capítulo VIII de la obra colectiva *La reforma de la Seguridad Social (El Acuerdo de 13 de julio de 2006, y su ulterior desarrollo normativo)*, coordinada por FERRANDO GARCÍA, F.; Editorial Bomarzo, Albacete, 2007, págs. 187 a 217.

<sup>57</sup> Aprobado por el pleno del Congreso de los Diputados en 25 de enero de 2011, denominado Informe de Evaluación y reforma del modelo de pensiones elaborado por la Comisión de Seguimiento de los acuerdos del Pacto de Toledo (obtuvo 334 votos Si, 10 votos No y 2 abstenciones). Su plasmación positiva se llevaría a cabo –no en su integridad– en la Ley 27/2011.

<sup>58</sup> Por ejemplo: uno elaborado por encargo de la Confederación Nacional de Entidades de Previsión Social, denominado el “*Proyecto de Derechas*” estudio dirigido por ALBERTO PEREDA MATEOS, y otro a instancia de la “Fundación de



Incluso se habla de la posibilidad de un régimen para los nacidos antes de 1-1-1967 y otro para aquellos nacidos con posterioridad.

- Se cuestiona la equiparación en el acceso de la protección del hombre respecto a la mujer e incluso en algunos estudios y propuestas, se admite la viabilidad de una diferencia de requisitos según el sexo<sup>61</sup>.
- Se es especialmente crítico con el régimen de compatibilidades de estas prestaciones con otras o con el trabajo y se aboga por importante restricción en las mismas.
- El coste de las pensiones de supervivencia y en particular la de viudedad que alcanza cuotas cercanas al 25 % del total de las pensiones. De aquí que se hable de buscar una fórmula de financiación especial vía impuestos.
- Y en algunos casos se deja caer, como globo sonda, que en algún país de la Unión Europea no se contempla esta prestación.

Sobre estas críticas algunas observaciones cabrían realizar como:

- El eterno debate de si la pensión de viudedad ¿es una renta compensatoria o sustitutoria? Y por tanto la necesidad a cubrir es absoluta o relativa y si debe enmarcarse en el nivel contributivo y/o no contributivo<sup>62</sup>. En el debate ha influido siempre el momento histórico en que se hace, antes de 1972 con ciertos tintes asistenciales, a partir de esa fecha y especialmente desde 1981 en el que reviste nítidas características contributiva y a partir de 2007 en el que las reformas que se dicen de mejora revisten claras notas no contributivas. Por otro lado, debe tenerse en cuenta que, generalmente, el debate se centra en la totalidad de las prestaciones de supervivencia (incluyendo la pensión de orfandad y las prestaciones favor familiares) cuya evolución (orfandad) u origen y mantenimiento (favor familiares) revisten claras notas asistenciales. Ahora bien, si nos centrásemos únicamente en la pensión de viudedad, realmente esta siempre ha tenido un marcado carácter de renta de sustitución. Al fin y al cabo, cualquier situación de necesidad al final se traduce en un exceso de gastos (en el caso de las prestaciones que aquí se estudian lo representaría el auxilio por defunción) o en una pérdida de rentas para las pensiones de supervivencia.
- En realidad el *quid* de la cuestión está en cuál debe ser la situación de necesidad a cubrir, es decir una necesidad económica absoluta o relativa. Si partimos que estamos ante una prestación del nivel contributivo no puede mirarse a la pensión de viudedad con la mirada de una pensión no contributiva o asistencial. A nadie se le ocurriría decir, que para tener derecho a una pensión de incapacidad laboral o de jubilación, el sujeto beneficiario no debe tener ingresos de ningún tipo. Y se da por hecho de que cesado en el trabajo por el cumplimiento de una edad o incapacidad hay una pérdida de rentas que hay que paliar o sustituir con una prestación de la Seguridad Social. En el caso de una pensión de viudedad fallecido el causante es obvio que tal hecho repercute económicamente en el cónyuge o pareja de hecho (y en su caso en los ex cónyuges) y la situación de necesidad se da, una vez será absoluta y otro caso será relativa. Pero ambas son protegibles dentro del nivel contributivo. Salvo que lo que se postule sea la asistencialización de la protección, que parece que es a lo que se nos quiere llevar.

<sup>61</sup> FERRERAS ALONSO, F.: “La igualdad de trato de mujeres ...”, ob. cit. págs. 28 y ss.

<sup>62</sup> Véase, por ejemplo, -AA.VV.: *Las prestaciones sociales de derecho derivado. Análisis de las prestaciones de viudedad y orfandad y a favor de familiares en el marco de los sistemas europeos de Seguridad Social*, investigador principal GONZÁLEZ ORTEGA, SANTIAGO, premio FIPROS, abril 2012, págs. 19 y ss. Se puede consultar en <http://www.seg-social.es/wps/wcm/connect/wss/04d44ec1-42ef-4908-9fb3-a8bcfce02>.

## II Congreso Internacional y XV Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social

- Por otro lado, decir que la pensión de viudedad ha perdido actualmente su esencia originaria tampoco es aceptable. Eso mismo sería predicable del resto del sistema de pensiones de la Seguridad Social. Basta con recordar cómo era en sus inicios la jubilación. La jubilación se concebía como el cese voluntario y total en el trabajo por el cumplimiento de una edad. Si vemos el panorama actual ninguna de esas notas (cese total, voluntario y al cumplimiento de una edad) son predicables como elementos configuradores de la jubilación. Y a nadie se le ocurre hoy en día decir que hay que volver a su esencia inicial.
- Cuestionar las mejoras introducidas en 1972 en el régimen de la pensión de viudedad por el hecho de permitir que personas jóvenes puedan llegar a lucrar de forma vitalicia una pensión de viudedad es matizable. Veamos el siguiente cuadro y ver qué falta de razón hay en ello.

— Cuadro. 2 Pensiones de viudedad en vigor por sexo, grupo de edad e importe medio de la pensión<sup>63</sup>

Grupos de Edad	Viudedad					
	Hombres		Mujeres		No consta	
	Número	P. Media	Número	P. Media	Número	P. Media
0 - 4						
5 - 9						
10 - 14						
15 - 19			1	855.89		
20 - 24	1	531.12	20	651.20		
25 - 29	16	711.85	268	691.92		
30 - 34	197	630.84	1426	719.39		
35 - 39	845	640.80	4958	751.59	3	884.45
40 - 44	2384	664.09	12314	752.12		
45 - 49	4823	640.77	26552	721.02	4	540.95
50 - 54	8877	618.51	52877	707.82	3	733.02
55 - 59	14085	609.10	86845	710.74		
60 - 64	18674	610.29	128044	741.89	4	478.30
65 - 69	20581	552.45	182830	723.75	3	443.82
70 - 74	22125	485.05	268807	702.32	3	206.47
75 - 79	20378	444.61	309799	677.65	8	392.60
80 - 84	25740	409.32	424999	657.40	5	621.70
85 y más	44028	382.47	676932	617.11	8	511.68
No consta			19	625.20		
<b>Total</b>	<b>182754</b>	<b>488.93</b>	<b>2176691</b>	<b>668.77</b>	<b>41</b>	<b>517.63</b>
Edad Media		73 años		77 años		69 años

Si consideramos como jóvenes todos los beneficiarios menores de 45 años, podemos apreciar que el número de beneficiarios (hombres y mujeres) menores de dicha edad no alcanza el 1 %.

Y si lo mostramos en comparación con el resto de las pensiones resulta lo siguiente<sup>64</sup>:

Clase de Pensión	Mujeres	Hombres	TOTAL
Incapacidad Permanente	838,62 €	999,01 €	941,39 €
Jubilación	805,00 €	1.254,00 €	1.083,67 €
Viudedad	668,77 €	488,93 €	654,84 €
Orfandad	383,81 €	384,94 €	384,39 €
Favor Familiar	556,82 €	513,34 €	543,78 €
<b>TOTAL</b>	<b>732,25 €</b>	<b>1.155,23 €</b>	<b>937,19 €</b>

Adviértase que el acceso a la pensión de incapacidad permanente no está limitado y puede generar en profesiones de escaso recorrido en cuanto a su duración una situación llamativa de

<sup>63</sup> La tabla y sus datos pueden consultarse en la siguiente dirección: <http://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/EstadisticasPresupuestosEstudios/Estadisticas/EST23/EST24/EST194>. Datos a 1 de agosto de 2018.

<sup>64</sup> La tabla y sus datos pueden consultarse en la siguiente dirección: <http://prensa.empleo.gob.es/WebPrensa/noticias/seguridadsocial/detalle/3310> consultado el 27/7/2018.

pensionistas con patologías no importantes que pueden realizar prácticamente cualquier trabajo (el caso de los deportistas profesionales), en muchos casos con recursos económicos importantes y nadie se “rasca las vestiduras” por ello.

O por otro lado en los efectos negativos que tuvo el acceso en igualdad de condiciones del hombre respecto a la mujer los resultados ahí están, representan el 7,75 % del total, teniendo en cuenta que la cuantía media de la pensión en todos los tramos de edad es inferior a la mujer (lo que encontrará su explicación en la menor cuantía en la cotización de las mujeres) y que la edad media en su percibo es menor 73 años frente a 77 años.

-Se cuestiona también la generosa compatibilidad de la pensión de viudedad (con otras pensiones o con ingresos). El dato es cierto, pero también matizable. Compárese con el régimen actual de la compatibilidad entre la pensión de jubilación y el trabajo, así como hacia donde avanza la pensión de jubilación, que no es otro que a la plena compatibilidad. O también la generosa compatibilidad con el trabajo de las pensiones por incapacidad permanente total o absoluta.

-En general los estudios o propuestas de reforma que reclaman como solución una vuelta a situaciones pretéritas como búsqueda o recuperación de la esencia de la protección, pero no concretan hasta donde debemos retrotraernos. Por lo que se adivina en las mismas parece que se quiere volver a la situación previa a la reforma de 1972, es decir, al régimen establecido al texto articulado de la Ley de Seguridad Social de 1966, cuyo artículo 175 y 176 venía a diseñar el siguiente marco protector<sup>65</sup>:

#### *a) Pensión vitalicia de viudedad*

-Dirigida a la viuda que hubiese convivido habitualmente con el cónyuge causante o, en caso de separación judicial, que la sentencia le reconozca como inocente y obligase al marido a prestarle alimentos. Además, la viuda debía de encontrarse en alguna de las siguientes situaciones: a) tener cumplidos cuarenta años; b) estar incapacitada para el trabajo; o c) tener a su cargo hijos habidos del causante con derecho a pensión de orfandad.

-El hombre podía acceder a la pensión de viudedad, pero para ello era necesario que acreditase la convivencia habitual con su cónyuge, se encontrase al tiempo del fallecimiento incapacitado para el trabajo y sostenido por ello.

#### *b) Un subsidio temporal de viudedad*

-Dirigido solamente a la viuda, cuando –acreditando por supuesto la convivencia o en caso de separación judicial que la sentencia le hubiere reconocido cónyuge inocente- no se encontrara en alguna de las situaciones que le permitiera acceder a la pensión de viudedad.

Las prestaciones, reseñadas, se causaban siempre que el sujeto causante al fallecer si se encontraba en activo estuviere afiliado y en alta o situación asimilada y hubiere completado un período de cotización de 500 días dentro de los cinco años anteriores al hecho causante, salvo que la muerte fuere imputable a causas profesionales.

-Adviértase, que algunos de estos condicionamientos que desaparecieron en 1972, luego se han recuperado en las últimas reformas, por ejemplo: la prestación temporal cuando no se reúnen los requisitos para obtener la pensión. Y otros como la edad o estar incapacitado para el trabajo se reclaman para su toma en consideración.

-Conjuntamente con la necesidad de recuperar “su esplendor” vía vuelta al pasado, se habla también como si fuera complementario de ello o exigencia, la necesidad de exigir una dependencia económica del superstite respecto del causante. Y aquí debe de recordarse que solamente se ha exigido dependencia económica al cónyuge varón, pero nunca a la mujer, la hubiera realmente o no. La dependencia en forma de pensión alimenticia solo se exigía en caso de ruptura matrimonial. Este elemento tal y como se pretende establecer (algo parecido al exigido para las parejas de hecho) supondría una asistencialización de la pensión, algo que no parece que es lo que cabe

<sup>65</sup> Ver la Base 10.ª de la Ley 193/1963, de 28 de diciembre, de Bases de la Seguridad Social.

## II Congreso Internacional y XV Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social

deducir del mandato del Pacto de Toledo. Introducir este elemento asistencial sería el certificado de defunción de la pensión de viudedad y el triunfo de los seguros de vida o pensiones privadas.

-Sobre el “peso económico” de las pensiones de supervivencia y concretamente de la viudedad podemos ver que es el siguiente<sup>66</sup>:

Clase de Pensión	Mujeres	%	Hombres	%	Total
Incapacidad Permanente	342.130	6,9	610.303	13,1	952.456
Jubilación	2.245.403	45,3	3.673.673	78,9	5.919.154
Viudedad	2.176.691	43,9	182.754	3,9	2.359.486
Orfandad	161.969	3,3	178.767	3,8	340.797
Favor Familiar	29.223	0,6	12.525	0,3	41.748
<b>TOTAL</b>	<b>4.955.416</b>	<b>100,0</b>	<b>4.658.022</b>	<b>100,0</b>	<b>9.613.641</b>

Siendo el importe de la pensión media:

Clase de Pensión	Mujeres	Hombres	TOTAL
Incapacidad Permanente	838,62 €	999,01 €	941,39 €
Jubilación	805,00 €	1.254,00 €	1.083,67 €
Viudedad	668,77 €	488,93 €	654,84 €
Orfandad	383,81 €	384,94 €	384,39 €
Favor Familiar	556,82 €	513,34 €	543,78 €
<b>TOTAL</b>	<b>732,25 €</b>	<b>1.155,23 €</b>	<b>937,19 €</b>

Y por lo que respecta a las pensiones con complementos a mínimos:

Clase de pensión	Pensiones con mínimos		Porcentaje sobre total pensiones		
	Número	%	Mujeres	Hombres	Total
Jubilación	1.065.280	44,73	33,6 %	16,5 %	22,4 %
Incapacidad Permanente	110.958	4,66	16,7 %	9,1 %	11,8 %
Jubilación procedente de Incapacidad	294.563	12,37	38,6 %	29,6 %	33,2 %
Viudedad	731.015	30,69	33,2 %	8,8 %	31,3 %
Orfandad	156.297	6,56	46,4 %	45,4 %	45,9 %
Favor Familiar	22.386	0,94	53,0 %	55,0 %	53,6 %
Total pensiones no SOVI	2.380.499	99,9	33,2 %	18,0 %	25,6 %
SOVI con mínimos	1.329	0,1 %	0,4 %	0,5 %	0,4 %
Total pensiones en vigor con mínimos	2.381.828	100,0 %	31,3 %	17,8 %	24,8 %

Y este es el verdadero “lastre” o peso en el total que cabría considerar, si es que es tal. Advértase, que el importe medio de la pensión de viudedad no alcanza el SMI y que más de un tercio de las pensiones de viudedad (sobre el total de pensiones) lo son con complementos a mínimos.

Otro mantra que también se repite es el relativo a la experiencia de otros países de nuestro entorno<sup>67</sup>. Y así se “picotea” dentro de sus sistemas y se obtienen algunas ideas que podrían ser asumidas (o ya lo han sido) por el nuestro, por ejemplo:

PAÍS	ALGUNAS CARACTERÍSTICAS DE LA PENSIÓN DE VIUEDAD EN SUS SISTEMAS DE SEGURIDAD SOCIAL
Alemania	Doble régimen jurídico según la fecha del hecho causante o del matrimonio (antes de 1-1-2002 o después de 31-1-2001) Dos prestaciones la pensión menor o mayor (en función de la edad, incapacidad o hijos a cargo) Ajustes en la cuantía e incluso supresión en función de los ingresos de beneficiario. Trasvase de cuotas en supuestos de divorcio; o bien reparto equitativo de las pensiones de jubilación entre ambos cónyuges en vida de ellos.

<sup>66</sup> La tabla y sus datos pueden consultarse en las siguiente dirección: <http://prensa.empleo.gob.es/WebPrensa/noticias/seguridadsocial/detalle/3310> consultado el 27/7/2018.

<sup>67</sup> Una visión resumida de la situación actual puede verse en LLORENTE ÁLVAREZ, A. y MORENO GARRIDO, C.: “La protección de la viudedad en los países de nuestro entorno”, en Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Colección Seguridad Social, núm. 129, 2017, págs. 19 a 45. Con más detalle puede verse AA.VV.: *Las prestaciones sociales de derecho derivado. Análisis de las prestaciones de viudedad y orfandad y a favor de familiares en el marco de los sistemas europeos de Seguridad Social*, investigador principal GONZÁLEZ ORTEGA, SANTIAGO, premio FIPROS, abril 2012. Se puede consultar en <http://www.seg-social.es/wps/wcm/connect/wss/04d44ec1-42ef-4908-9fb3-a8bcfce02>.



## Protección a la Familia y Seguridad Social. Hacia un nuevo modelo de protección sociolaboral

PAÍS	ALGUNAS CARACTERÍSTICAS DE LA PENSIÓN DE VIUDEDAD EN SUS SISTEMAS DE SEGURIDAD SOCIAL
Austria	<p>PenSIón de viudedad. El acceso viene condicionado por diversos factores: edad del beneficiario o incapacidad, hijos del causante a cargo y duración mínima del matrimonio. Los ex cónyuges pueden acceder si tienen derecho a la pensión alimenticia o de manutención, con límite en su cuantía a esta.</p> <p>Prestación temporal. Si no se reúnen los requisitos anteriores se tendrá derecho a una prestación máxima de 30 meses. □La cuantía de la pensión de viudedad puede alcanzar hasta un 60 % de la pensión a la que tenía derecho el sujeto causante dependiendo de los ingresos del cónyuge superviviente y del sujeto causante en los dos años anteriores al fallecimiento.</p>
Bélgica	<p>Edad mínima de acceso a la prestación.</p> <p>Antigüedad mínima del matrimonio con alguna excepción.</p> <p>Compatibilidad limitada con ingresos por trabajo.</p>
Finlandia	<p>PenSIón de viudedad vinculada a los ingresos del causante. El matrimonio debe de haberse celebrado antes de que el causante haya cumplido los 65 años. El sujeto beneficiario debe reunir una serie de requisitos relacionados con la edad que tuviere al momento del hecho causante y al momento en que se haya celebrado la unión matrimonial o, de hecho. La pensión de viudedad se cuantifica en atención a la pensión de jubilación que le hubiera correspondido al causante de haber estado trabajado hasta el momento del hecho causante.</p> <p>PenSIón de viudedad general. Está vinculada a la edad del sujeto causante y beneficiario, de la residencia en Finlandia de ambos y de haber tenido o no hijos comunes. Accedido a ella se distinguen a su vez dos tipos: una pensión inicial que se abona durante seis meses; y una pensión "de continuidad" que se abona transcurrido el período anterior y consiste en una prestación básica y otra complementaria que depende de los ingresos del beneficiario.</p>
Francia	<p>PenSIón de supervivencia con una determinada edad y un límite de ingresos.</p> <p>Subsidio de viudedad para los que no pueden acceder a la pensión por razón de la edad, también con límite de ingresos</p>
Irlanda	<p>PenSIón de viudedad contributiva. Con una exigencia de cotización previa para el sujeto causante (se presume si al momento del hecho causante es pensionista de jubilación) o para el beneficiario y una compatibilidad derivada a un derecho de opción entre pensiones concurrentes y si compatible respecto a subsidios.</p> <p>PenSIón de viudedad no contributiva. Que se hace depender de una prueba de límite de recursos económicos, de la residencia en el país y de una edad de referencia que es la jubilación.</p>
Italia	<p>Compatibilidad con límites en el percibo de la pensión.</p> <p>Restricciones para los supuestos en que se contrae matrimonio a edad avanzada.</p>
Países Bajos	<p>Las pensiones están condicionadas a los ingresos del beneficiario</p> <p>Condiciones para los ex cónyuges o beneficiarios de ex parejas de hechos de tener derecho a pensión de manutención y limitada por la cuantía de esta.</p>
Portugal	<p>A) PenSIón de supervivencia para el cónyuge (también para los hijos y descendientes), siempre que el matrimonio haya durado al menos un año, salvo que se hayan tenido hijos comunes o concebidos, o el fallecimiento se debe a un accidente o bien a enfermedad sobrevenida con posterioridad al matrimonio.</p> <p>Una edad mínima o bien estar incapacitado para el trabajo. En caso contrario la prestación será temporal.</p> <p>En caso de separación o divorcio, el beneficiario deberá de tener derecho a pensión de alimentos o compensatoria, reconocida judicialmente. La pensión de viudedad tiene como límite la civil.</p> <p>En caso de parejas de hecho el beneficiario debe acreditar una convivencia previa al fallecimiento de dos años.</p> <p>Una cotización mínima de 36 meses o 72 meses según el régimen obligatorio o voluntario de encuadramiento.</p> <p>Compatible con las rentas por trabajo.</p> <p>B) Subsidio por fallecimiento. Prestación de pago único cuya finalidad es compensar los gastos extraordinarios por el fallecimiento y facilitar la reorganización de la vida familiar. Su cuantía es el equivalente a tres veces el IAS (Ídexe dos Apoios Sociais).</p> <p>C) PenSIón de viudedad. Prestación no contributiva para beneficiarios de causantes que estuvieren percibiendo una de este tipo. Limitada a nacionales y nacionales de la UE, que residen en territorio portugués, no tengan derecho a otra pensión y no perciban ingresos superiores al IAS.</p>
Reino Unido	<p>Indemnización por defunción. Prestación a tanto alzado y en pago único que se abona al cónyuge superviviente o pareja de hecho cuando causante y beneficiario tenga una edad inferior a la de la jubilación (salvo si la muerte es derivada de accidente de trabajo) o superior, pero ninguno de ellos tuviere derecho a la pensión de jubilación.</p> <p>PenSIón de viudedad para progenitores con hijos a cargo (menores de 16 años o mayores sin derecho a subsidios familiares).</p> <p>PenSIón de viudedad. Para el cónyuge o pareja de hecho con edades comprendidas entre los 45 años y la edad de jubilación, sin hijos dependientes. Cabe también reconocerla cuando finaliza la prestación anterior antes de que se cumplan las 52 semanas desde la fecha del fallecimiento. La duración es de 52 semanas y cuantía variable en función de la edad del beneficiario a la fecha del hecho causante. Es compatible con el trabajo.</p>
Suecia	<p>PenSIón de adaptación<sup>68</sup>. Su objetivo es facilitar al superviviente su acomodo o adaptación a la nueva situación. Se reconoce a favor del cónyuge supérstite o pareja de hecho registrada, menor de 65 años y que haya convivido con el causante al menos durante 5 años de forma ininterrumpida o conviviera con el causante y se hubiera hecho cargo de un hijo menor de 18 años. Hay reglas especiales en los casos de convivencia de hecho o ex cónyuges. La pensión tiene una duración inicial de 12 meses con la posibilidad de una prórroga por el mismo tiempo. Su cuantía es la del 55 % de la pensión de jubilación que le hubiera correspondido al causante.</p>

<sup>68</sup> Tras las últimas reformas la pensión de viudedad solo se mantiene para aquellos beneficiarios que ya estaban casados antes de 1989 y así han permanecido hasta el momento del hecho causante. También hay reglas especiales para las mujeres nacidas antes de 1944 y con posterioridad a 1945.

El problema es que cada sistema de Seguridad Social obedece a su propia historia y valoración de las necesidades a cubrir, que tiene sus propias estructuras y peculiaridades y que parte de su propia realidad social, tan distinta unos de otros. Allí podrán ser efectivas esas medidas, pero trasladarlas al nuestro sin más, puede ser todo lo contrario. Sirva de ejemplo un aspecto básico del que luego deriva toda la estructura de la protección, la contingencia protegida y situación de necesidad a cubrir. No es lo mismo que la protección se oriente a cubrir la muerte de una persona que a la supervivencia de determinadas personas relacionadas con el causante, véase en este caso, por ejemplo, la protección a la viudedad en Irlanda<sup>69</sup>. Invocar que en determinados países la pensión vitalicia de viudedad ha desaparecido y que podríamos copiar ellos, por ejemplo, de Suecia, es demasiado atrevido si no se tiene en cuenta, por señalar un dato ¿Cuál es la tasa de empleo tanto para hombres como mujeres en dicho país? O ¿cómo es el entramado protector -en su totalidad- de la Seguridad Social Sueca? También es de señalar, ya que del mismo se suele hablar en distintas propuestas, el denominado trasvase de la carrera de seguro del causante al beneficiario. Es extraño y probablemente injusto, pues puede llevar situaciones pintorescas, v. gr.: si causante y beneficiario son mayores y aquel tenía una carrera de seguro larga, al final nos podríamos encontrar con que no se le reconocería una pensión de viudedad, pero sí una de jubilación o de incapacidad permanente, en cuantía a lo mejor más elevada de la que le correspondiera por viudedad. También se debate acerca de la conversión de la pensión de viudedad en jubilación, cuando se alcanzase la edad para ello. El problema es que no se sabe a ciencia cierta qué alcance tendría, al menos sus defensores nada dicen de ello. Pero si la conversión no es nominal, podrá llevar al caso de que un pensionista de viudedad alcance la edad de jubilación, su pensión se convierta en jubilación, y entonces *¿qué pasará con la que pudiera causar por derecho propio? ¿Será incompatible?*

Y así podríamos seguir cuestionando esas medidas tan innovadoras.

La mirada a lo que hacen en otros países está bien, pero asumiendo nuestra realidad.

## II. UNA PROPUESTA DE REFORMA DE LA PENSIÓN DE VIUEDAD

### 1. PUNTO DE PARTIDA

Tras lo expuesto en el apartado anterior, lo que supongo que se espera de este tramo último es que se dé concreta respuesta al interrogante de si debe reformularse la protección a la viudedad (que por cierto todo el mundo asume) y cómo hacerlo. Sin embargo, la primera parte de la respuesta debe ir dirigida a relativizar o matizar su alcance; una respuesta frontal y escueta sólo puede darse con muchos matices. La razón se entenderá fácilmente: el problema de hacer aquí una propuesta concreta estriba en su propia parcialidad, atendido el limitado objeto sobre el que versa y la amplitud de contenidos del sistema de Seguridad Social. La protección por muerte y supervivencia no puede comprenderse o abordarse si no se hace pensando en el conjunto de la acción protectora del que ella forma parte. Por ello *“mover una pieza”* no puede hacerse, ni dirigirse correctamente, si no se parte de que forma parte de un todo y se atiende al mismo. En otro caso, el movimiento puede ser inviable o generar conflictos con otras de las partes con las que necesariamente está interrelacionado. Insisto, no debe olvidarse que no estamos ante un *“Seguro Social de Supervivencia”* y por tanto independiente del resto de las situaciones o contingencias protegidas.

Por poner un ejemplo, si se quiere reformar los requisitos que podríamos llamar generales para causar la pensión (es decir afiliación, alta y período mínimo de cotización), no puede olvidarse que estamos ante exigencias comunes (o cuasi) de acceso al resto de las prestaciones del sistema.

<sup>69</sup> En este sentido AA.VV.: *Las prestaciones sociales de derecho derivado. Análisis de las prestaciones de viudedad y orfandad y a favor de familiares en el marco de los sistemas europeos de Seguridad Social*, investigador principal GONZÁLEZ ORTEGA, SANTIAGO, premio FIPROS, abril 2012, pág. 124. Se puede consultar en <http://www.seg-social.es/wps/wcm/connect/wss/04d44ec1-42ef-4908-9fb3-a8bcfce02>,

Lo mismo podría decirse respecto de aquellas soluciones que se ofrecen como “*medicina*” de las prestaciones objeto de estudio, reparando en su modo de cálculo y determinación (con claro repudio al privilegio que se dota a las mismas cuando la causa de la muerte es imputable a riesgos profesionales), en su compatibilidad (preconizando su restricción), en la necesidad de operar su conversión a la pensión de jubilación a partir de cierta edad, en la atención al nivel económico del beneficiario como condicionante de acceso a la protección, etc. De aquí que, cuando se trata de reformar aspectos que afecten al régimen jurídico general de las prestaciones las opiniones más solventes de reformas parezcan muy cautas y limitadas.

Por ello, se partirá de que la protección a la viudedad debe quedar dentro de su concreta protección actual en el marco de la “Muerte y Supervivencia” y no en otros ámbitos como algunas veces se postula, por ejemplo, buscando su incardinación en la Protección Familiar, pese a su relación con ella. Su hipotética adscripción a la protección familiar plantearía (a tenor de su configuración actual) múltiples interrogantes de difícil solución en el marco actual del sistema española de Seguridad Social. A saber:

-Las prestaciones objeto de estudio no son prestaciones familiares, aunque indirectamente guarden relación con la familia por ser los sujetos beneficiarios familiares del causante. De hecho es curioso que algunos de estos estudios que postulan tales tesis, se contengan dentro de otros generales sobre protección a la familia<sup>70</sup>.

-Su fin no es proteger a la familia, aunque los sujetos beneficiarios sean el cónyuge y determinados familiares. La protección a la familia encuentra acomodo en nuestro sistema de forma independiente y con una protección propia y específica, véase si no lo siguiente<sup>71</sup>:

a) Base décima para “*Muerte y Supervivencia*” y Base undécima para la “*Protección a la Familia*”, en la LBSS.

<sup>70</sup> Sirva de ejemplo los siguientes estudios:

-AA.VV.: *La protección familiar en el Derecho de la Seguridad Social*, número monográfico de la Revista de Seguridad Social, 1981, pág. 7 a 56.

-AA.VV.: *Seguridad Social y Familia*, Tecnos, 1999, Madrid, obra colectiva coordinada por Santiago González Ortega. Ver en ella los estudios de PANIZO ROBLES, J.A.: “Las pensiones de la Seguridad Social por viudedad y orfandad: últimas modificaciones legales”; SOTO RIOJA, S. y J.M.: “La dispensa de alta en la pensión de viudedad”; GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “Las prestaciones a favor de otros familiares”; POZO MOREIRA, F.J.: “La diversidad jurisprudencial en torno a la ampliación de los nuevos límites de edad en la pensión de orfandad”. Resulta curiosa esta monografía. Cuenta con 11 aportaciones. Si nos quedamos con las relativas al Derecho español, siete, salvo una de ellas y de forma parcial, el estudio se deriva hacia la protección por muerte y supervivencia. La propia reseña bibliográfica que allí se estable reconoce la divergencia del título con la selección que allí se hace.

-BOTELLA JIMÉNEZ, A.: *La protección laboral de la familia*, Universidad de Jaén, 1995, pág. 125 a 130, Universidad de Jaén. En su estudio considera a las prestaciones económicas de viudedad y orfandad como principales medidas de protección indirecta de la familia.

-FLOR FERNÁNDEZ, M.L.: *Régimen jurídico de la pensión de viudedad*, colección monografías de Temas Laborales, CARL, Sevilla, 2002, pág. 39 a 76.

-LÁVALA ZABALA, M.A.L.: “La desprotección de la familia no matrimonial por muerte y supervivencia en el Sistema Español de Seguridad Social: La pensión de viudedad”, *Diario La Ley*, año XXV, núm. 6103, de 8 octubre de 2004

<sup>71</sup> Tampoco puede decirse que sirva de referencia el propio **Plan Integral de Protección a la Familia** para el período 2015-2017. El Plan se concreta en diez objetivos generales tales como: 1) Desarrollo de los principios rectores que deberán de regir las actuaciones en materia de familia; 2) Avanzar en la protección social, jurídica y económica de las familias. 3) Afrontar los retos socio demográficos relacionados con el envejecimiento y la baja natalidad. Apoyar la maternidad ; 4) Garantizar la sostenibilidad y cohesión social mediante el apoyo a las familias ; 5) Favorecer la solidaridad intergeneracional e intrafamiliar ; 6) Ayudar a construir una sociedad amable con las familias; 7) Ofrecer apoyo preferente a familias que se encuentren en situaciones especiales; 8) Erradicar las desigualdades que tienen su origen en la situación familiar; 9) Avanzar en un mayor conocimiento de la familia como institución clave para la cohesión social; 10) Evaluación de resultados e impacto de las políticas de apoyo a las familias. Cuando se analizan las concretas medidas solamente se encuentran vagas referencias las medidas de Seguridad Social relacionadas con la protección a la supervivencia, por ejemplo, la núm. 199 acerca de elaborar un informe sobre la posibilidad de que los cónyuges o parejas de hecho de personal funcionario o laboral desplazado puedan mantener los derechos adquiridos o en curso de adquisición en materia de pensiones. El Plan se puede consultar en <https://www.mssi.gob.es/novedades/docs/PIAF-2015-2017.pdf>.

En el texto refundido actual de 2015<sup>72</sup>, Título II capítulo XIV para “Muerte y Supervivencia”; y en la protección a la familia se distingue la que radica en el nivel contributivo en su capítulo XV para “*Protección a la Familia*”; y la correspondiente al nivel no contributivo en el Título VI capítulo I “*Prestaciones familiares en su modalidad no contributiva*”.

b) A nivel reglamentario: Orden de 13-2-1967 para “*Muerte y Supervivencia*” y RD 1335/2005, de 11 de noviembre y RD 1716/2012, de 28 de noviembre, para “*Protección Familiar*”.

-No es idóneo o correcto trasladar o confundir los esquemas protectores de ambas contingencias. Recuérdese, por ejemplo, lo siguiente:

b) *Sujeto causante y beneficiario*. En las prestaciones de supervivencia (y también en las de muerte) el sujeto causante es el trabajador o asimilado que fallece, siendo beneficiarios el cónyuge y parientes por consanguinidad (también por adopción) hasta el segundo grado inclusive. En la protección familiar curiosamente ocurre a la inversa, es el hijo el causante y beneficiario el trabajador o asimilado.

c) *Situación de necesidad a cubrir*. En las prestaciones de supervivencia se trata de paliar un defecto de rentas. Por el contrario, en las de protección a la familia lo que se cubre es el exceso de gastos que ese nacimiento o hijo a cargo comportan.

d) *Prestaciones otorgadas*. En las prestaciones de supervivencia la prestación básica es una pensión, en la protección a la familia hay una prestación no económica y otras que tienen tal contenido y que consisten en una asignación periódica o también una cantidad de pago único<sup>73</sup>.

e) *Los ingresos propios o de otros familiares con los que se conviva como obstáculo de acceso*. En las prestaciones de supervivencia los ingresos que pueda tener el beneficiario (en la viudedad u orfandad<sup>74</sup>) sólo tienen un valor secundario (para proseguir o causar pensión cumplidos los 21 años, salvo que esté incapacitado, y en la viudedad cuando se quiere compatibilizar con un nuevo matrimonio)<sup>75</sup> por el contrario en la protección familiar el nivel de ingresos es crucial<sup>76</sup>.

Las diferencias entre ellas se extienden también a otros ámbitos, como: condiciones de acceso, niveles de protección (en la protección familiar se contempla un nivel contributivo y otro no contributivo, en la protección por muerte y supervivencia sólo el contributivo), el origen de su financiación (véase el art. 109 LGSS), etc.

No parece correcta pues la confusión o asimilación entre una u otra, máxime si tenemos en cuenta la configuración actual de las prestaciones familiares dado por la Ley 52/2003, de 10 diciembre, que orientó las prestaciones económicas, básicamente a un nivel no contributivo de la protección del sistema (arts. 351 y ss. LGSS).

La protección a la viudedad, además de la pensión o prestación temporal puede llevar aparejada, en atención a la causa de la muerte, un prestación conexas como es la indemnización especial a tanto alzado (art. 227 LGSS) que casa mal con el principio de la consideración conjunta de las contingencias que se proclama de nuestro sistema de Seguridad Social, al hacer una distinción no solo en cuanto al régimen de acceso o determinación de la cuantía de la prestación, sino también al reservar prestaciones exclusivamente cuando la causa de la muerte sea imputable a contingencias profesionales. No tiene mucho sentido esta prestación privilegiada, pero nuestro sistema es así, la reparación no atiende a la situación de necesidad sino a la causa de la que proviene. Sería deseable de que desapareciera, pero como antes se ha señalado ello afecta a la totalidad del sistema que recoge privilegios singulares en orden a la protección cuando esta proviene de contingencias profesionales, por ejemplo: las lesiones permanentes no incapacitantes (arts. 201 y ss. LGSS). Por ello y aunque no se entiende, no se cuestionará.

<sup>72</sup> Al igual que en el primer texto articulado de 1966 (LSS) y en los textos refundidos (LGSS) de 1974 y 1994.

<sup>73</sup> V. arts. 235 y ss. LGSS

<sup>74</sup> Dejando a salvo las prestaciones a favor de familiares.

<sup>75</sup> Salvo el supuesto singular de acceso a la pensión de orfandad del hijo aportado al matrimonio por el cónyuge superviviente.

<sup>76</sup> Ver arts. 352 y ss. LGSS.

Habría también que comentar, siquiera brevemente, la nueva propuesta acerca de cómo reorientar la financiación de estas prestaciones con la creación de nuevos impuestos o un porcentaje sobre los ya existentes. Pero volvemos a lo mismo: a) las prestaciones de supervivencia forman parte de un sistema y entonces parece que habría que reformular el régimen económico del mismo (recuérdese el alcance del art. 109 LGSS) y replantear ese principio o base recogido en el Pacto de Toledo relativo a la separación y clarificación de las fuentes de financiación; y b) si ello luego tendrá incidencia en la naturaleza contributiva de la protección.

Finalmente hay que señalar que las propuestas no pueden hacerse sin tomar en consideración la realidad presente o proyección futura, es decir hacia dónde camina el sistema y no a la dirección que a uno le gustaría que este tomara. A la vista de las propuestas que se han comentado, de las sugerencias doctrinales, etc., *¿hacia donde caminan la reforma?* Pues si nos atenemos a las reformas normativas de los últimos tiempos y las orientaciones que se adivinan de los distintos pactos políticos, documentos de trabajo de la Comisión del Pacto de Toledo, etc., parece que no es descabellado pensar que hasta ahora la erosión de la acción protectora contributiva (a favor de una asistencial) está ahí y por tanto en peligro el principio de suficiencia querido por el art. 14 de la CE<sup>77</sup>. Y todo ello pese a que la propia Comisión del Pacto de Toledo ha querido salir al paso las críticas y en sus propios documentos de trabajo<sup>78</sup> punto 12 viene a decir lo siguiente:

*“La Comisión propone la reformulación integral de las prestaciones por muerte y supervivencia –en especial viudedad y orfandad- en la línea con lo ya demandado por el Pacto de Toledo en 2003, y que no ha sido llevado a término en su totalidad. .... La Comisión defiende el mantenimiento del carácter contributivo de estas prestaciones...”*

Por ello ofrecer un proyecto alternativo en materia de protección a la viudedad no pasa de ser un ejercicio intelectual, bien intencionado, pero condenado -en el mejor de los casos- a ser simplemente recordado por quienes realicen ulteriores estudios. Si bien no se va a rehuir a ello. Y eso pese a que la reforma que se nos anuncia lo sea “por fascículos” y por tanto parche sobre parche. Recuérdese en este sentido la Disposición adicional primera del Proyecto de Ley de Actualización, Adecuación y Modernización del Sistema de Seguridad Social cuando dice *“En las Leyes de Presupuestos Generales del Estado para el año 2012 y ejercicios siguientes se incluirán provisiones normativas necesarias para cumplimentar las recomendaciones incluidas en el Pacto de Toledo en relación con la protección por muerte y supervivencia”*.

Las ideas y sugerencias que a continuación se irán exponiendo parten de los siguientes condicionantes:

- a) La pensión de viudedad se va a reformar.
- b) Es una protección que se quiere mantener en el nivel contributivo.
- c) Se parte de una idea o finalidad –ciertamente enigmática- que condicionará el sentido de la reforma: la de recuperar su objetivo de prestación sustitutiva de rentas perdidas como consecuencia del fallecimiento.
- d) Y como consecuencia de lo anterior, habrá que esperar la introducción o retorno de criterios limitativos basados en la edad, renta, hijos, régimen de sus compatibilidades, etc.
- e) En las reformas o parcheos llevados a cabo hasta ahora y las que están por venir planean las ideas o sugerencias del conocido como *Libro Naranja* antes comentado.

<sup>77</sup> APARICIO TOVAR, J.: “La evolución regresiva de la Seguridad Social en el período 1996-2002: Hacia el seguro y asistencialismo”, Revista de Derecho Social n.º 19, 2002, pág. 47 y ss.

Sobre esta nueva orientación puede verse el estudio de MARTÍNEZ BARROSO, M.R.: “Los titubeos legales entre el fomento de la contributividad (tras el pacto de pensiones) y el incremento de la protección asistencial”, AS n.º 8, 2001, pág. 43 y ss.

<sup>78</sup> Borrador del debate parlamentario de la reforma de 2007.

- f) Al mismo tiempo que se formulan ideas de cómo puede llegar a configurarse la misma o cómo previsiblemente se hará, también se recordarán los aspectos más conflictivos actuales y sobre los que deberían de ocuparse las futuras reformas.
- g) *¿A quiénes afectarán las reformas? ¿Habrá un doble régimen de acceso a la pensión de viudedad, uno para los nacidos antes de 1967 y otro para los nacidos después?* Las sugerencias y en su caso propuestas, se harán como si a todos afectase la reforma.

## 2. LA CONTINGENCIA PROTEGIDA Y LA SITUACIÓN DE NECESIDAD A REPARAR

Una cuestión básica y sobre la que primero hay que pronunciarse es acerca de cuál es la contingencia a cubrir y la situación de necesidad a reparar.

La determinación de cuál es la contingencia protegida, del hecho causante y de la situación de necesidad protegida es compleja. Quizás ello venga derivado de la confusa rúbrica de la base décima de la LBSS y del capítulo V de la LGSS que hable de: «*Muerte y Supervivencia*».

Esa complejidad, cuando no confusión, se refleja bien en la pluralidad de pareceres doctrinales que se han manifestado al respecto ALMANSA PASTOR<sup>79</sup>, ALARCÓN CARACUEL y GONZÁLEZ ORTEGA<sup>80</sup>, GARCÍA VIÑA y RIVAS VALLEJO<sup>81</sup>, ORDEIG FOS, JM<sup>82</sup>, entre otros.

En realidad, más bien parece que hay dos riesgos o contingencias protegidas. Uno de ellos es la muerte y el otro la supervivencia de determinados familiares al fallecimiento del sujeto causante<sup>83</sup>.

La confusión quizás obedezca a que ambos parten de un mismo hecho básico, la muerte (real o presunta) de una persona. Ésta puede originar dos situaciones de necesidad distintas, que son cubiertas o indemnizadas en forma distinta, primero se contempla la producción de un daño emergente, y por tanto hay que compensar o resarcir a quien haya costado o asumido los gastos de entierro de la persona fallecida (que siempre debe ser real). Y por otro se origina un lucro cesante en la persona de determinados supervivientes (en el cónyuge y en determinados familiares) que unas veces se presume y otras debe ser acreditado.

Se parte, pues, de que hay dos riesgos o contingencias protegidas: la defunción y la supervivencia de determinadas personas. Y de un presupuesto fáctico, la muerte de una persona. Lo que acto seguido conviene hacer es precisar cuáles son las necesidades protegidas una vez que se actualizan las contingencias de muerte y de supervivencia de determinados familiares del causante fallecido. Y aquí cabe reiterar lo ya dicho anteriormente:

<sup>79</sup> Señala que “...la supervivencia es una situación de necesidad genérica que engloba otras. ..., y como tal, es una consecuencia derivada de la muerte. Siendo esto así resulta fuera de todo rigor que la contingencia protegida sea nominada por la causa en que ella consiste y por uno de los efectos que produce, ya que no todos. En suma, el término apropiado para designar la contingencia es el de muerte sin más” en *Derecho de la Seguridad Social*, pág. 426, Tecnos, 5ª. edición, Madrid, 1987.

<sup>80</sup> Para este autor “...las prestaciones de «muerte y supervivencia» pretenden subvenir a las situaciones de necesidad que se crean para las personas que dependen económicamente de otra, cuando ésta muere. El supuesto fáctico consta, pues, de dos elementos concurrentes..., la muerte —o con ciertos requisitos, la desaparición— de una persona...” y en segundo lugar “... la dependencia económica...” en “*Compendio de Seguridad Social*, pág. 280, 4ª. edición, Tecnos, Madrid, 1991

<sup>81</sup> Por su parte estos autores señalan que “La muerte actúa, a efectos de prestaciones por muerte y supervivencia, como presupuesto de hecho y, al tiempo, como elemento integrante de la contingencia supervivencia de los familiares del causante, desprotegidos económicamente a causa de su muerte”; en *Las prestaciones de Supervivencia en el Sistema de la Seguridad*, pág. 37, CEDECS, Barcelona, 1996.

<sup>82</sup> Sostiene que “...la contingencia, en realidad, más que de muerte lo es de supervivencia. Por tal razón se denomina esta contingencia en la LSS «muerte y supervivencia» expresión muy certera y acabada, aunque, algún autor la tache de ambigua e incongruente. Lo más relevante no es la muerte en sí, sino el hecho de que sigan viviendo otras personas que dependían del muerto...La muerte de un trabajador por cuenta ajena da paso a un aumento de gastos, en primer lugar (gastos funerarios), y a una pérdida de ingresos, en segundo término y más grave. En este sentido, se perfila también muy claramente la distinción entre muerte y supervivencia. La muerte es una contingencia que hace referencia a la cobertura de gastos estrictos derivados del fallecimiento; la supervivencia se refiere al infortunio derivado de la pérdida de ingresos del causante, pérdida que sufren los causahabientes...”; en *El sistema español de Seguridad Social (y de la Comunidad Europea)*, pág. 358-359, 5 ed., Edersa, Madrid, 1993.

<sup>83</sup> V. BORRAJO DACRUZ, E.: *Estudios Jurídicos de Previsión Social*, Ed. Aguilar, Madrid, 1962 pág. 190 y ss.

-La muerte o defunción de una persona (el «deceso» en terminología mercantil) genera necesariamente unos gastos por entierro, funeral, etc., es decir un daño emergente<sup>84</sup> que se compensará a quien se haya hecho cargo de dicha atención y los hubiere costado. Y ello con independencia de que realmente le comporte o no una necesidad efectiva o real, en definitiva, de que tenga una mayor, menor o nula repercusión en su patrimonio. Basta simplemente con que lo haya abonado. En definitiva en la cobertura de la contingencia de muerte se ha prescindido de que la necesidad tipificada emerja *realmente* «lo que sucede en tales casos es que la legislación presume la necesidad efectiva tipificada, sin requerir la demostración de la efectividad de la necesidad»<sup>85</sup>.

-En la protección a la supervivencia la defunción sólo actúa como presupuesto fáctico imprescindible ya que se protege al cónyuge o pareja de hecho y a determinados familiares, siempre que le sobrevivan. La necesidad atendida es así, la pérdida de los ingresos económicos que el fallecido aportaba a su familia (entiéndase cónyuge y determinados parientes). Estamos ante un verdadero lucro cesante, la pérdida de una fuente de renta<sup>86</sup>, de aquí que se hable de que lo característico es la dependencia económica de tales familiares respecto de los ingresos que aportaba el fallecido<sup>87</sup>.

-Ahora bien, la polémica o duda surge aquí ¿se está protegiendo una absoluta dependencia económica de esos familiares llamados a ser beneficiarios? ¿Se está protegiendo una incapacidad de ganancia? ¿Se está protegiendo la situación de una familia que ha perdido los ingresos con los que el fallecido les mantenía? o más bien, ¿estamos ante una protección de una dependencia económica relativa y no absoluta?, es decir el nivel de ingresos de una familia, a modo de una renta sustitutiva de los ingresos que el fallecido aportaba<sup>88</sup>. El matiz como se verá más adelante, es importante.

-No parece correcto examinar la existencia de una situación de necesidad en términos absolutos. Es decir, si partimos de que nuestro sistema de Seguridad Social tiene o comprende dos niveles de protección, uno contributivo y otro no contributivo, no cabe identificar situación de necesidad en el nivel contributivo con lo que quepa entender como tal en el nivel no contributivo. En el segundo la situación de necesidad queda siempre objetivada en un dato básico: la no superación de un determinado nivel de rentas. Por su lado en el nivel contributivo se parte de unos requisitos generales o comunes para todas las prestaciones (afiliación y alta o situación asimilada) y de otros propios o específicos según cada prestación. Entre estos últimos suele encontrarse la exigencia de un período mínimo de cotización algo que no ocurre en el nivel no contributivo. Así como que determinados períodos de cotización actúan como elemento determinante de la cuantía de la prestación y todo ello con independencia del nivel de ingresos o rentas que el beneficiario pueda tener. Por eso, los parámetros de comparación en uno y otro nivel de protección, no pueden ser los mismos: en el ámbito de prestaciones contributivas huelga la atención al nivel económico que pueda tener el beneficiario.

-Si nos fijamos en el terreno de la protección por supervivencia de los familiares más directos (cónyuge, pareja de hecho e hijos), la situación de necesidad también se produce una vez fallecido el sujeto causante: la desaparición de los ingresos que aportaba a ese núcleo familiar es evidente. Cuestión distinta es que consideremos que el umbral de rentas familiares ya de por sí sea elevado o suficiente, pero entonces parece que olvidamos que se trata de prestaciones integradas en el nivel contributivo, ajeno a ese postulado de garantizar solamente un nivel mínimo de ingresos o de subsistencia<sup>89</sup>.

<sup>84</sup> Ver VENTURI, A.: *Fundamentos Científicos de la Seguridad Social*, Colección Seguridad Social, MTSS, ed. 1994, pág. 547 y ss.

<sup>85</sup> Ver ALMANSA PASTOR, M.: *Derecho de la Seguridad Social*, ob. cit, pág. 258.

<sup>86</sup> Ver VENTURI, A. (1954): *Fundamentos...*, ob. cit. pág. 550.

<sup>87</sup> Sobre el fundamento de la protección y su evolución respecto a las pensiones de orfandad puede verse MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P.: *Pensiones de Orfandad*, Marcial Pons, Barcelona, 1999, págs. 61 y ss. También PÉREZ ALONSO, M. A.: *La pensión de Viudedad en el Régimen General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 21 y ss.

<sup>88</sup> En este sentido ver RIERA VAYREDA, C. *La Pensión de Orfandad*, colección laboral, n.º. 108, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, pág. 25.

<sup>89</sup> Este razonamiento, hay que reconocerlo, no sirve quizás para las prestaciones a favor de familiares, dirigidas a un segundo grupo o círculo de familiares distinto o más lejano, a los que sí se les exige una dependencia económica del

En definitiva, no se comparte la crítica de un sector importante de la doctrina hacia la protección –principalmente- a la viudedad, por no atender a situaciones de real necesidad, es rechazable ya que parte de un base o principio erróneo, que es la asistencialización de esta protección. Sus juicios y opiniones serían atendibles si la protección se enmarcara dentro del nivel no contributivo. Ahora bien, si ello fuera así no habría objeción para trasladar dicho esquema a otras prestaciones, v. gr.: la incapacidad temporal, la incapacidad permanente, la jubilación, etc. Pero entonces necesitaríamos un replanteamiento general del sistema. En definitiva, se trata de optar por un sistema que ofrezca unas garantías de mínimos vitales o de rentas sustitutorias de aquellas perdidas por el fallecimiento del sujeto causante.

Dicho lo anterior, a nadie se le oculta que la idea de que la prestación debe ser sustitutiva de las rentas perdidas y que el causante aportaba, abre la posibilidad de una reforma restrictiva, a saber: no procedería cuando el sujeto al momento del hecho causante no aportaba renta alguna, por ejemplo, estaba en paro no subsidiado; o eran mínimas porque percibía subsidios asistenciales de desempleo; lo que haría en muchos casos inviable –probablemente- el causar una pensión desde situaciones de no alta, etc..

### 3. EL SUJETO CAUSANTE. LOS REQUISITOS A EXIGIR

De los actuales requisitos a cumplir, afiliación, alta o situación asimilada y en su caso período mínimo de cotización, quizás lo más destacable surja al analizar el papel actual del alta o situación asimilada en la protección por muerte y supervivencia y si debería o no elevarse el período mínimo de cotización.

El alta no parece que sea un requisito que debería de plantear dudas acerca de su necesidad; la exigencia de que concurra el alta para acceder a las prestaciones parece correcta, aunque esto sea ir en contra de otras opiniones doctrinales quizás más autorizadas. Con el alta se quiere que el sujeto esté vinculado activamente al sistema, no que lo haya estado con anterioridad, a fin de que tras producirse el hecho causante nazca la protección, no cuando el sujeto se hubiere desvinculado del sistema. La desconexión del causante con el sistema de Seguridad Social no concuerda con el esquema protector diseñado; de ser así la situación de necesidad -como se concibe o quiere rediseñarse- tendría que desaparecer y también la propia protección; por poner un ejemplo, si con la pensión de incapacidad permanente se pretende ofrecer una renta sustitutiva del salario, cuando la persona no trabaje, tampoco estará en alta –normalmente- y carecerá de sentido proporcionarle una renta, comparación que puede servir para otras prestaciones. Si se piensa lo contrario quizás hubiera que orientar el sistema de Seguridad Social hacia un sistema de ahorro privado o capitalización de rentas para futuros. En definitiva, el alta es necesaria para mantener el esquema protector del sistema y la solidaridad que constituye su base.

Por otro lado, esta exigencia del alta se completa con la creación de situaciones asimiladas a ella y que son fruto de un entendimiento solidario de la protección para quien no puede estar en alta real. Por ello y dado que se encuentra en una situación transitoria de falta de alta y hay voluntad de superar y recuperarla se le ofrece la protección.

Hasta aquí parece que podríamos estar de acuerdo. Pero la cuestión es más compleja. Porque la vida, tal y como se nos presenta, va más allá de situaciones reales de alta o asimiladas a ella reglamentadas. Surge, entonces, la muy conocida doctrina judicial flexible y humanizadora del requisito del alta. Quizás su origen hay que verlo en un dato que no suele darse en otras prestaciones (salvo en la asistencia sanitaria) y es que sujeto causante y beneficiario no coinciden. Lo que conduce al intérprete judicial a buscar una vinculación con el sistema a fin de poder ofrecer protección a esos supervivientes ajenos a las vicisitudes de la relación jurídica del sujeto causante.

---

causante y una carencia propia de rentas. Aunque debe advertirse una cosa: estas prestaciones a favor de estos familiares (padres, abuelos, hermanos e hijos sin derecho a pensión de orfandad) siempre actúan como residuales y de forma supletoria a otras. Es decir, el beneficiario va acceder a ellas porque le sea imposible causar una pensión por sí mismo, por su propia situación de necesidad, v. gr. una pensión de invalidez o jubilación no contributiva.



Ahora bien, este afán tutelar ha llevado en ocasiones, quizás demasiadas, a exagerar cualquier mínimo vestigio de vínculo como demostrativo de una voluntad de mantener esa comunión necesaria con el sistema. Por ello, se buscan “paréntesis”, “tiempos muertos”, circunstancias subjetivas eximentes, a veces excesivas que lo hacen en la práctica no es otra cosa que suprimir de facto el requisito del alta.

La cuestión que debe ahora plantearse es el efecto que la supresión legal de la necesidad de estar en alta (a cambio de exigir un amplio período de carencia) para poder causar derecho a la protección va a tener sobre esta doctrina flexible y humana. Significará ello *¿un reforzamiento del alta? ¿Desaparecerá esa interpretación humana, flexible?* La lógica parece que nos llevará, como mínimo, hacia una atemperación del uso tan generoso de la doctrina flexibilizadora del requisito del alta. Y quizás debería de llevarse a una estricta aplicación de la norma, sin voluntarismos judiciales.

Y tampoco debe olvidarse de la denominada situación asimilada al alta por encontrarse en paro involuntario y los tremendos problemas interpretativos que plantea, la solución no pasa por criterios administrativos internos que no pueden suplir la necesidad de un desarrollo normativo acorde con la situación que se quiere proteger<sup>90</sup>.

El segundo aspecto que se plantea dentro de los requisitos –cuasi- genéricos a cumplir por el causante es el del período mínimo a reunir cuando la muerte es imputable a enfermedad común. Parece que puede considerarse cuestionable hoy en día sostener que un período tan exiguo de 500 días (que en realidad son menos teniendo en cuenta los denominados días cuotas), sea bastante para acceder a una pensión vitalicia, cuando además ningún período de cotización se exige si la muerte se imputa a contingencias profesionales o accidente común (estando el causante en alta o situación asimilada). Si se pone en relación con los períodos de cotización mínimos de otras pensiones, como jubilación o incapacidad permanente, no se entiende muy bien la regulación; menos aún si se compara con los subsidios, como el de desempleo que para una cotización entre 360 y 539 días únicamente contemplan una correlativa prestación de 120 días. Sobre este requisito debería de actuarse, bien estableciendo uno fijo (por ejemplo, cinco años) u otro en función de la edad del causante (similar al previsto en la incapacidad permanente pensionable), manteniendo –si se quiere- la no exigencia en caso de que la muerte derive de accidente o contingencia profesional.

#### 4. EL BENEFICIARIO DE LA PENSIÓN DE VIUDEDAD. LOS REQUISITOS A CUMPLIR

Tras más de 50 años de vigencia de nuestro sistema de Seguridad Social se ha pasado de un régimen complejo y diferenciado –según el sexo- de acceso a la pensión de viudedad a otro aparentemente sencillo, para ahora querer volver a rescatar los viejos condicionantes que se suponían superados. Si en sus inicios el acceso a la pensión venía condicionado a una serie de requisitos como el sexo, la edad, la convivencia y la dependencia económica y la incapacidad para el trabajo, ahora –aparentemente- sólo es preciso acreditar la existencia actual o anterior del vínculo matrimonial. Facilidad –pues- innegable pero cuestionable y francamente origen o germen quizás de casi todos los “males” que se le imputan al actual régimen jurídico de la protección al viudo.

Quizás el problema haya venido de la discutible supresión o entendimiento de lo innecesario que es el requisito de convivencia. Recuérdese que todo ello tiene su origen en la conocida como “*Ley del Divorcio*” de 1981 y en la generalizada opinión de que su famosa Disposición Adicional conllevaba que el requisito de la convivencia quedaba derogado.

Quizás el legislador y su intérprete no midieron suficientemente la trascendencia de ello. Parece que la idea básica de quienes sostenían tal interpretación entroncaba con el deseo de solucionar un problema, el de los matrimonios rotos y aquellos otros que no han podido tener

<sup>90</sup> En este sentido puede verse el Escrito de 29-10-2004 de la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica del INSS, BISS octubre de 2004.

lugar por ser imposible la disolución del precedente, impidiendo la normalización o regularización jurídica de una situación afectiva análoga al matrimonio. La solución viene –entonces- por permitir que se cause la pensión para esas situaciones compartiéndola con el anterior cónyuge si es que sobrevive, pensando en que pudiera seguir de hecho dependiendo económicamente del causante (pensando en que se puedan llegar a mantener las obligaciones alimenticias).

La norma –aparentemente- también prevé que cuando tras su entrada en vigor una persona celebre varios y sucesivos matrimonios, de concurrir varios beneficiarios haya un reparto proporcional de la pensión. Pero quizás pensó en que cuantitativamente ello no iba a ser importante o relevante, bien porque haya matrimonios sucesivos de ambos cónyuges que lo imposibilitarían, bien por el propio ritmo biológico. Pero como se ha podido comprobar eso no es así, sino que se viene dando cada vez más el caso de concurrencia de beneficiarios y, en consecuencia, la necesidad de abordar su reparto. Prorrato que no satisface a nadie porque al final supone repartir migajas y lo único que logra es un enfrentamiento entre los llamados a beneficiarse (denuncias sobre relaciones maritales de hecho para lograr la extinción de la cuota, etc.), presentando además dificultades en la interpretación y aplicación de esa regla proporcional, etc. Recuérdese los vaivenes jurisprudenciales en torno a ello.

Dicho nueva y claramente: no debió de desaparecer el requisito de la convivencia (indicio evidente de dependencia o interdependencia económica), que debería de retomarse. Esta se presumiría en cónyuge o pareja de hecho, mientras que otros hipotéticos beneficiarios -si es que se quiere mantener esta posibilidad- deberían demostrarla.

#### A) Los criterios basados en condiciones específicas

Se pretende introducir incorporar o recuperar condiciones de acceso ya superadas tales como la edad, renta, hijos, etc. Realmente no es ninguna novedad en nuestro sistema, al fin y al cabo, no es otra cosa que volver a la situación de 1967. Siempre que se hablan de reformas en la pensión de viudedad salen a debate estos requisitos. Teniendo en cuenta el eco que han tenido las recomendaciones del conocido como *Libro Naranja*, la reforma que se vislumbra podría ser del siguiente tenor:

*-Una edad mínima de acceso.*

La edad si se quiere introducir puede ser un factor razonable para una prestación de tipo vitalicio. La cuestión está en fijarla. Si volvemos la vista atrás, como se quiere, tendríamos tres a elegir: a) Cuarenta años como se exigía en sus comienzos el sistema (art. 12.1 c) de la OMS); b) Cincuenta o 65 años como hace el SOVI (art. 3 D-ley 2 de septiembre de 1955); y c) una edad intermedia que podría estar en los 45 años que ya proponía el Libro Naranja. Una edad más elevada podría establecerse, pero ya entraríamos en un abandono de su carácter contributivo y acercamiento a una prestación no contributiva o asistencial o bien a una “viudedad-sovi”. Y en cierta medida sería absurda, pues si además hay condicionantes económicos realmente se le estaría invitando a que acuda a la protección social no contributiva.

La edad además podría ser matizada para aquellos casos en que el beneficiario estuviere incapacitado o hubiera hijos a cargo, de la misma forma que preveía en sus inicios el sistema.

*-La convivencia tanto en las uniones matrimoniales como no matrimoniales*

Como más arriba se ha dicho la “*contingencia protegida supervivencia de una persona que comparte vida y rentas con otra fallecida y cuya ausencia provoca una situación de necesidad presunta (por ser del nivel contributivo)...*”<sup>91</sup>. La convivencia es “*una situación de hecho que pone de manifiesto los deseos permanentes de los esposos, de vivir juntos contra las dificultades y en los buenos momentos, y dicha situación de hecho y de convivencia son contrapuestos a la separación de ambos*”<sup>92</sup>. La convivencia cuando se da (tanto en una unión matrimonial o pareja de hecho) presupone una dependencia mutua. Cuando falle la

<sup>91</sup> STC 69/2007, de 16 de abril.

<sup>92</sup> Así rezaba una STCT de 11-3-1981 Ar. 1838.

convivencia física es cuando deberá probarse que hay una dependencia económica. Es una exigencia que nunca debió entenderse que había sido “suprimida” o que era inexigible al haber abierto la puerta a la concurrencia de beneficiarios en casos de separación, divorcio o nulidad.

*-La dependencia económica.*

Otro aspecto o criterio que se cita siempre es el de no superar determinados niveles de ingresos personales o más concretamente la *dependencia económica* del beneficiario respecto del causante y aquí las propuestas son de lo más variopintas y de ellas ya se ha dado cuenta en el apartado anterior. Como ya se ha dicho al hablar de la situación de necesidad la introducción de un criterio de dependencia económica al estilo del que se ha introducido para las parejas de hecho no se entiende correcto puesto que no es propio de una prestación contributiva y es un factor muy complejo en su determinación. Aquí se aboga por una dependencia relativa que se presupone con la convivencia de los cónyuges y / o parejas de hecho.

También parece que se pretende utilizar el factor tener hijos a cargo como factor que ayudaría a superar la dependencia o cuando no se acreditará la edad, por ejemplo, al modo que hacía la normativa de 1967 y la propuesta del *Libro Naranja*. No parece que esto sea un factor distorsionante y si complementario siempre que se concrete si estamos ante hijos a cargo comunes o comprensivos también de los propios del cónyuge o pareja de hecho (al fin y al cabo, si estos dependen y conviven con el causante se les facilita el acceso a la pensión de orfandad).

Sobre este condicionante más adelante se volverá al tratar de las prestaciones concretas a la viudedad y sus compatibilidades.

*-La duración previa y mínima* del matrimonio o de la pareja de hecho a la muerte del causante. Tampoco es un requisito novedoso, ya lo contemplaba el Mutualismo Laboral (art. 82 del Reglamento) y también el SOVI (art. 3 del D-ley 2 de septiembre de 1955). Como se recordará este condicionante fue reintroducido para el caso de muerte imputable a enfermedad común previa al matrimonio, con la reforma de la Ley 40/2007. Todo ello con un propósito claro, evitar matrimonios de última hora, en definitiva, uniones de favor constituidas con el único propósito de facilitar el acceso a una pensión, en un claro fraude de ley. No se entiende que sea un condicionante a eliminar. Los únicos problemas que ha planteado hasta ahora han sido los relativos a la acreditación de la convivencia de hecho previa apta para sumar a la duración del matrimonio<sup>93</sup>. Podría introducirse con carácter general una duración mínima del matrimonio o pareja de hecho cuando la muerte procediera de enfermedad común. En caso de que no se alcance este condicionante se podría acceder a la prestación temporal de viudedad.

## B) El estatus de viudo o pareja de hecho

Aquí nos surgen varios problemas y dos de ellos merecen un tratamiento especial:

### a) *Bigamia, poligamia*

El problema cada vez más importante de los matrimonios de tráfico externo con elementos conyugales plurales (especialmente la poligamia) y aquí nos surgen múltiples interrogantes a los que no parece que se quiera hacer frente, al menos por ahora, por ejemplo: *¿Cómo se afrontará la existencia de un matrimonio polígamo? ¿Qué papel jugará el orden público? ¿Y el principio de igualdad? ¿Por qué no aceptar el matrimonio monógamo gitano y sí el polígamo?* Por otro lado, hasta ahora sólo conocemos una situación, la del varón que trabaja, que tiene varias esposas, fallece y la pensión se reparte entre ellas. Pero más tarde o temprano la situación que se puede plantear es que alguna de las esposas fallezca y sea trabajadora, *¿tendrá derecho su esposo a la pensión, aunque esté casado con otras esposas?* En los casos de repudio *¿cabrá también un derecho proporcional de la ex cónyuge?*

<sup>93</sup> Véanse ss. TS 14 y 24 de junio de 2010 (RJ 2646 y 3613).

El tema es complejo puesto que se parte de un ilícito penal al que se le reconoce trascendencia prestacional y no debería de ser así. Si el problema está en los dos convenios internacionales de Seguridad Social suscritos por España con Marruecos y Túnez, habría que repensar su futuro.

#### b) *El diferente tratamiento de las parejas de hecho en el acceso a la pensión de viudedad*

No se entiende, salvo que este sea el paso inicial para igualar los matrimonios a ellas y en consecuencia la conversión de la pensión de viudedad en una prestación no contributiva. Bueno, no se piense mal, entendamos que el legislador simplemente mira con recelo a las parejas de hecho, pero entonces él es el responsable de establecer una legislación única, clara y segura acerca de cuál sea su régimen jurídico. El problema mayor es no haber querido regular con carácter general este tipo de uniones y dejarlo “*en manos*” de Comunidades Autónomas, Ayuntamientos, etc., lo que lleva a un problema grave en orden a cómo entender acreditado su formalización, la acreditación de la convivencia, la posibilidad de uniones de hecho pese a que alguno de los miembros de la pareja tenga un vínculo matrimonial vivo, etc.

Se aboga pues por el establecimiento de un régimen igual para todos en la formalización y constitución de la pareja de hecho y de un régimen similar de requisitos exigibles a los beneficiarios procedentes de uniones matrimoniales. Es decir, no se trata de igualar a la baja, extendiendo los estrictos condicionantes establecidos para las parejas de hecho a toda forma de unión protegible, sino de ampliar derechos. En su configuración actual para las parejas de hecho, la pensión de viudedad no es otra cosa que una prestación no contributiva.

#### C) Los beneficiarios procedentes de crisis matrimoniales

Lo primero que se podría pensar es *¿Qué sentido tiene reconocer una pensión a quien simplemente ostenta el título de ex cónyuge?* y detraer de la devengada por el actual –si lo hay– una parte de ella, incluso aunque el vínculo se mantenga, pero haya una separación legal.

Cuando hay un divorcio, separación o nulidad concurrirá –en el supuesto normal– una separación de vidas, tanto personal como económica, por lo tanto, nada justifica un reconocimiento a una vida pasada en común. Algunos alegan que al fin y al cabo el ex cónyuge aportó algo al matrimonio y de ese hipotético “*salario diferido*” debe participar. El razonamiento no es correcto porque eso sería también aplicable de cualquier prestación, v. gr.: incapacidad permanente, jubilación, etc., y además porque el cónyuge en “*vida matrimonial*” puede haber ya obtenido beneficios por ello, v. gr. la atención sanitaria, el aprovechamiento de servicios sociales, etc.

Se dirá a favor del reconocimiento que puede tener alguna dependencia económica respecto del causante, v. gr.: porque percibía alguna atención económica, vía pensión alimenticia/compensatoria en casos de separación, divorcio o indemnización en casos de nulidad. Esto aparentemente es más razonable, pero ya tiene su respuesta en el art. 101 del Código Civil, bien porque se extinga, o porque pase a ser acreedor de la herencia, pero recordemos que su tendencia es a extinguirse, no a mantenerse de forma vitalicia<sup>94</sup>.

No tiene mucho sentido quien en su día percibió alimentos/compensación/indemnización y ahora no los percibe pueda tener derecho a una prestación de supervivencia. Quizás por ello la reforma de 2011 endureció los requisitos de acceso de los ex cónyuges e introdujo el controvertido requisito de “ser acreedor de pensión compensatoria” y además limitando la cuantía de la pensión de viudedad si su cuantía era superior a la pensión civil.

La situación actual de exigencia de pensión compensatoria (o indemnización para los supuestos de nulidad) y que se extinga no tiene en cuenta una cosa, dicha pensión no se establece por una dependencia económica respecto del causante, sino que lo que pretende es evitar que se produzca “*un desequilibrio económico en relación con la posición del otro*” (art. 97. Código Civil). Téngase en

<sup>94</sup> Cuando se fija una pensión compensatoria el juez decide sobre: a) si hay o no desequilibrio; b) la cuantía de la pensión; y c) si esta es definitiva o temporal.

cuenta que esa pensión siempre es revisable y que puede ser también temporal (porque el equilibrio se pueda restablecer en un tiempo), de aquí que exigir sin más el percibo de una pensión compensatoria civil no puede decirse que sea acreditativa de la situación de dependencia, al menos como parece ser que se quiere y en este momento habría que volver los ojos hacia el superviviente de una pareja de hecho, claramente discriminado por un ex cónyuge con pensión compensatoria.

La reforma debería de hacer desaparecer la posibilidad de concurrencia de beneficiarios; no tiene sentido mantener el derecho de quien dejó de ser cónyuge o haya dejado de convivir y depender económicamente del causante y que sea el sistema de Seguridad Social el que se haga cargo de una compensación civil. Téngase en cuenta que las consideraciones que hace casi cincuenta años se tuvieron para el reconocimiento de derechos en estas prestaciones en los casos de ruptura matrimonial, quizás no sean ahora predicables.

Como no se creó que esta propuesta sea aceptada, se entiende oportuno que la prestación de los “ex” se reconduzca a una prestación temporal, pero no a participar o percibir la pensión de viudedad de forma indefinida. La cuestión siguiente es como acomodar la concurrencia con la pensión de viudedad y si le afecta o no en su cuantía. Parece que no normal es que se mantuviera ese carácter proporcional y que mientras dure la prestación temporal afecte a la pensión de viudedad.

## 5. LA PROTECCIÓN A LA VIUEDAD

A) La pensión de viudedad

a) *La incidencia de la causa de la muerte*

Debe de comenzarse advirtiendo de que es criticable la privilegiada fórmula de cálculo cuando la muerte deriva de contingencias profesionales. La muerte de una persona “*debe de valer*” igual con independencia de la contingencia que la cause. Se trata de una cuestión que comparte con otras prestaciones económicas del sistema y cuya modificación o no debe tener esto en cuenta. Un efecto colateral de la consideración de la muerte por contingencia profesional como generadora de una mayor acción protectora enlaza con la denominada indemnización especial a tanto alzado. Dado que la situación de necesidad es la misma con independencia de la causa de la muerte, esta prestación debería quedar fuera de la protección básica y quizás su lugar esté en la protección complementaria privada.

b) *La base reguladora*

Varias cuestiones surgen en torno a la misma:

-La posibilidad de elegir el período de cálculo de la base reguladora. En el ámbito de las pensiones ha sido tradicional que el beneficiario elija, dentro de un marco temporal concreto, el período de cotizaciones que entienda más conveniente, en orden al cálculo de la base reguladora de su pensión; en su defecto era la propia Administración quien lo hacía, también teniendo en cuenta el período más favorable. Eso se acabó a partir de 1985, excepto para las pensiones de supervivencia, pero *¿tendría sentido su mantenimiento?*

Hay quien piensa que el método puede propiciar su utilización fraudulenta, pero esto en la práctica va a ser difícil; nótese que quien elige el período no es el causante sino el beneficiario. Posibilidades teóricas indudablemente las hay, v. gr.: aquél que gravemente enfermo piense que va a morir, y altere la base para dejar una mayor pensión, aunque hay que tener en cuenta las dificultades que eso comporta y que tendrá que vivir ese período de 24 meses; más bien parece algo teórico que real. Y en todo caso no debe olvidar lo prevenido en el art. 6.1 del Código Civil

-Las bases reguladoras cero y la integración de lagunas *¿Procede la integración de lagunas a la hora de ballar la base reguladora?* Aunque tras la modificación introducida en el art. 9 OMS por el RD 1205/2003, de 26 de diciembre, tiene menos sentido al elevar el período de elección de 7 a 15 años, lo cierto es que la situación parece posible; piénsese en aquellos que están en situación

asimilada al alta sin cotización –al menos por la contingencia de muerte y supervivencia- incluso percibiendo algún subsidio, v. gr. de desempleo. La solución puede pasar por permitir buscar cotizaciones más allá del período de los quince años, así como si se cambiara el cálculo de la base reguladora (elevando el período a tomar en consideración) permitir la integración de vacíos de cotización que en el período de cálculo se produzcan.

Y la reforma *¿por dónde debería caminar?*

Pues aparentemente camina hacia una nueva forma de cálculo similar a la introducida por la reforma de 2007 para las pensiones de incapacidad permanente por enfermedad común (esta propuesta ya la ofrecía el Libro Naranja). De llegar a ello las cuestiones expuestas dejarán de tener virtualidad, ahora bien el resultado final no es otro que una pensión de cuantía inferior.

### c) *El porcentaje de la pensión*

Tres porcentajes tenemos ahora, uno general y dos especiales, ambos orientados a mejorar la protección de quienes perciben pensiones más bajas. *¿Pero eso es real?* Más bien pensamos que ni unos ni otros porcentaje dan verdadero cumplimiento a tal objetivo. Al menos en los términos que se nos quiere hacer ver.

El porcentaje del 52 por ciento aparentemente mejoraba la pensión al elevarse un 7 por ciento sobre el anterior. Pero la realidad era otra ya que para que fuera efectivo la pensión no tendría que estar afectada a mínimos. En la realidad. La reforma produjo bastante desilusión ya que, el pensionista nada tangible percibía, ya que la subida era absorbida por el complemento que se veía reducido. Paradojas de la vida, los que sí lo notaron eran los que tenía una base reguladora alta.

Sobre los porcentajes del 60<sup>95</sup>/70 por ciento, también se debe ser crítico. En realidad no es otra cosa que un complemento a mínimos muy conflictivo, con unos enrevesados requisitos a reunir y a mantener y que, en general, nada afectará a las pensiones actuales de viudedad con complementos a mínimos, al quedar absorbida la mejora con la reducción del complemento que ya se percibía. La paradoja además es que la subida será a cargo del sistema de Seguridad Social reduciendo la aportación del Estado (con cargo a los Presupuestos Generales), al reducirse el complemento a mínimos.

La propuesta que se podría formular en torno a los porcentajes parten de optar por considerar que la situación de necesidad a cubrir lo debe ser en relación a una necesidad o dependencia relativa que se presupone con la existencia de una convivencia en el matrimonio o en una unión de hecho y por ello mantendría un porcentaje general para todos y un porcentaje especial al que accederían aquellos beneficiarios afectados por el régimen de incompatibilidades que se puedan establecer, sobre el que más adelante se volverá

### d) *El “retorno” de porcentajes*

Aunque no se está de acuerdo con el actual sistema de permitir la concurrencia de beneficiarios a la pensión de viudedad, si se mantiene debería de regularse con claridad el “retorno” de porcentajes asignados y distribuido entre ex cónyuges al cónyuge viudo o pareja de hecho cuando cesen en su percibo.

## B) La prestación temporal de viudedad

La reforma de 2007 introdujo una prestación temporal a favor de aquellas uniones matrimoniales que no lleven a una pensión de viudedad por faltarle el requisito de “antigüedad” mínima en el matrimonio.

A esta prestación habría que darle mayor protagonismo en la reforma. Teniendo en cuenta tanto los posibles nuevos requisitos de acceso o causas de incompatibilidad debería de ampliar su

<sup>95</sup> Que será plenamente efectivo a partir de 1-1-2019, mientras tanto y desde 1-8-2018 será del 56 %.

ámbito subjetivo aquellas situaciones que no generen pensión vitalicia en razón a la edad, duración del matrimonio o estatus matrimonial.

## 6. DINÁMICA DE LA PROTECCIÓN

Son varias las cuestiones controvertidas y necesitadas de reformas o ajustes, entre las que debe destacarse las siguientes:

### A) Compatibilidades e incompatibilidades

Quizás esta sea una de las cuestiones más polémicas. Curiosamente nadie, al menos no se conozca, defiende el actual sistema de compatibilidades e incompatibilidades de la prestación. Pero lo que más sorprende son algunas iniciativas legislativas favorecedoras de la compatibilidad de la pensión de viudedad con otras prestaciones públicas, es el caso de la Ley 9/2005, sobre las pensiones SOVI (quizás por su escasa relevancia cuantitativa) y la Ley 4/2005, sobre las ayudas de las Comunidades Autónomas a personas que disfrutaban de pensiones públicas (en este caso por presiones políticas).

Si se apuesta por una incompatibilidad general de la pensión, por ejemplo con rentas de trabajo, habrá que prever una reforma de la cuantía de la pensión de viudedad, téngase en cuenta que el importe medio de la pensión no alcanza el SMI. Si no fuera así se le pondrá al beneficiario en la tesitura de aceptar una pensión de cuantía, normalmente muy reducida, o trabajar. Si es cierto, como se puede en las estadísticas –antes analizadas–, que el núcleo más importante de personas con pensión de viudedad son mujeres *¿no resultaría una medida restrictiva para ellas?*

Realmente la solución no es fácil, pero la incompatibilidad sin más no es realista. Como más arriba se ha anunciado la cuestión estaría en ese doble porcentaje de la pensión de viudedad siendo el mayor el que se podría verse afectado por incompatibilidades relativas a rentas o prestaciones de Seguridad Social, singularmente aquellas que revistan la forma de pensión (algo parecido a lo que ocurre con la denominada pensión de incapacidad permanente total cualificada).

### B) Las causas de extinción

Varias críticas y consiguientes propuestas cabe hacer respecto al actual régimen extintivo de la pensión. La primera es la relativa a la posibilidad de compatibilizar la pensión con nuevo matrimonio o formalización de una pareja de hecho. Eso es desnaturalizar la esencia y fin de la propia pensión. Viene a suponer, por poner un ejemplo, que un pensionista de incapacidad permanente, recuperada su capacidad laboral, se le permita continuar en su percibo, porque tiene pocos recursos económicos. Su situación de necesidad, deberá de cubrirse por otros vías pero no desnaturalizando la esencia de la prestación.

Por otro lado en los términos en que se norma esta posibilidad pocos optarán por acallar sus conciencias y poco les importará vivir no acorde a sus convicciones morales. Además si analizamos su régimen jurídico la situación quedaría probablemente protegida en el ámbito de las pensiones de jubilación no contributivas. La propuesta sería eliminarla.

La segunda es la concerniente a la “violencia de género” y extinción o imposibilidad de acceso a la pensión. Las críticas que pueden hacerse a la misma son, entre otras, las siguientes:

-Estamos ante una causa de extinción de autor, dirigida a un sexo concreto, al varón, olvidando, realmente que la violencia puede provenir de cualquier sexo, y tan indigno o reprochable es la conducta violenta de un hombre sobre su cónyuge o ex cónyuge (o figuras asimiladas) que la de una mujer sobre el varón, o la de mujer sobre mujer, hombre por hombre.

- Puede provocar situaciones paradójicas, por ejemplo: que la sanción penal (en los casos de lesiones) pueda quedar en suspenso y por tanto no despliegue sus efectos represores y sin embargo la sanción social (la privación de la pensión de viudedad) sea definitiva.

Quizás las causas de extinción o impedimento deberían de volver los ojos a las causas de indignidad para suceder previstas en el art. 756 del Código Civil, con la adecuación oportuna y no que primara el oportunismo político del momento.

### III. EL FUTURO DE LAS PRESTACIONES DE ORFANDAD, FAVOR FAMILIARES Y OTRAS PRESTACIONES CONEXAS A LA MUERTE DEL CAUSANTE

#### 1. LA PENSIÓN DE ORFANDAD

Como antes se vio la pensión de orfandad también se ha visto afectada por las reformas en las prestaciones por muerte y supervivencia. Quizás las que más destaquen sean las que afectaron a: 1) la concreción de que debe entenderse como incapacitado para el trabajo para poder percibir o seguir percibiendo la pensión de orfandad más allá de la edad genérica de 18 años; 2) la elevación de la edad máxima de disfrute o acceso a la pensión que paso de 18 años (salvo para incapacitados) a los actuales 21 con carácter general o 25 años para el caso de que alcanzada la edad de 21 años no se trabaje o si se hiciera los ingresos que se tuvieren no superaran el límite del SMI; 3) la supresión de la exigencia de un período mínimo de cotización del causante siempre que se encuentre en alta o situación asimilada para lucrar la pensión; y 4) la posibilidad de percibir la pensión incrementada con la pensión de viudedad en los casos de violencia de género.

El debate actual acerca de la necesidad o no de ajustes en la pensión de orfandad se centra fundamentalmente en la mejora de las pensiones de orfandad de cuantías más reducidas unidas a situaciones de falta de ingresos alternativos o ingresos relativamente bajos<sup>96</sup>. También hay propuestas relativas a la no exigencia de estar en alta o asimilada a ella por parte del sujeto causante en los casos de muerte de violencia de género para poder generar pensiones de supervivencia<sup>97</sup>. No obstante se sugieren como aspectos a considerar en una posible reforma los siguientes:

-La necesidad de fijar un régimen jurídico claro para los casos de procedencia del incremento de la pensión de orfandad con la de viudedad (incluido con la prestación temporal).

-En los casos de concurrencia de beneficiarios de pensión de viudedad se debería de normar la situación de retorno (o no) del porcentaje de pensión de viudedad disfrutado por el huérfano cuando se extinga su pensión.

-Ajustar las causas de extinción o imposibilidad de acceso a la pensión de orfandad en los casos de violencia, abandono, etc. a los progenitores (en similar medida a lo analizado para la pensión de viudedad).

-El replanteamiento de la incompatibilidad de la pensión con rentas de trabajo que superen el SMI en tanto en cuanto nada se establece respecto a otros tipos de ingresos. Es extraño que hasta los 21 años haya compatibilidad total y desde esa edad hasta los 25 ya no, teniendo en cuenta que son compatibles con otros ingresos que pueda tener el huérfano. En realidad actúa como factor disuasorio para el huérfano que quiera y pueda acceder al mercado de trabajo.

Por último y como curiosidad respecto al resto de pensiones de supervivencia cabría ver el panorama actual de las mismas<sup>98</sup>:

<sup>96</sup> Ver apartado 12 de las conclusiones de La Comisión no permanente del Pacto de Toledo en su debate para valoración de los resultados obtenidos por la aplicación de las recomendaciones del Pacto de Toledo.

<sup>97</sup> Véase MONEREO PÉREZ, J.L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G. (2018): "El Pacto de Estado en materia de violencia de género. Notas de urgencia a las medidas laborales y protección social allí recogidas", en Revista de Derecho de la Seguridad Social Laborum, n. °14, págs. 29 y ss.

<sup>98</sup> La tabla y sus datos pueden consultarse en las siguiente dirección: <http://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/EstadisticasPresupuestosEstudios/Estadisticas/EST23/EST25>.



## Protección a la Familia y Seguridad Social. Hacia un nuevo modelo de protección sociolaboral

Grupos de Edad	Orfandad							
	Hombres		Mujeres		No consta		Total	
	Número	P. Media	Número	P. Media	Número	P. Media	Número	P. Media
0 - 4	1.473	291,06	1.376	291,08			2.849	291,07
5 - 9	6.806	289,79	6.575	286,82	3	318,31	13.384	288,34
10 - 14	16.745	289,79	15.925	288,20	18	331,49	32.688	289,04
15 - 19	30.059	290,32	28.565	291,71	3	485,18	58.627	291,01
20 - 24	43.684	298,12	42.556	297,09	3	251,07	86.243	297,61
25 - 29	3.388	339,71	3.174	336,54			6.562	338,17
30 - 34	2.460	346,21	1.584	353,95			4.044	349,24
35 - 39	4.340	372,19	3.037	380,77			7.377	375,72
40 - 44	7.724	410,34	5.311	403,26			13.035	407,46
45 - 49	11.063	454,99	7.706	464,08	1	375,20	18.770	458,72
50 - 54	14.126	507,41	9.850	511,98			23.976	509,29
55 - 59	13.066	546,34	9.849	550,64			22.915	548,19
60 - 64	9.941	572,36	8.260	575,06			18.201	573,58
65 - 69	6.676	574,28	6.721	585,35	1	712,51	13.398	579,84
70 - 74	4.133	568,52	5.067	575,45			9.200	572,33
75 - 79	1.936	567,40	3.006	578,68			4.942	574,26
80 - 84	959	572,99	2.070	576,47			3.029	575,37
85 y más	514	614,62	1.558	600,82			2.072	604,24
No consta	1	679,50	1	679,50			2	679,50
<b>Total</b>	<b>179.094</b>	<b>385,10</b>	<b>162.191</b>	<b>384,06</b>	<b>29</b>	<b>352,35</b>	<b>341.314</b>	<b>384,60</b>
Edad media	34 años		34 años		17 años		34 años	

Como se puede apreciar y a diferencia de las pensiones de viudedad y favor familiares no es una prestación “femenina”, el número de hombres supera al de mujeres, incluso en muchos casos en la cuantía de la pensión media.

## 2. LA PENSIÓN/SUBSIDIO A FAVOR DE FAMILIARES

En la actualidad estas prestaciones ya no tienen el sentido que pudieron tener antes, si tenemos en cuenta<sup>99</sup>: a) Su carácter netamente asistencial dados los requisitos generales que se exigen relativos a la dependencia económica con respecto al causante y la falta de medios propios de vida y de obligación de familiares con posibilidad y obligación de prestarles alimentos (art. 226 LGSS y art. 22 O. 13-2-1967); b) la introducción en el sistema de pensiones no contributivas de jubilación y de invalidez; y c) los propios cambios en la sociedad en que las familias ya no son tan “extensas” en su convivencia como eran antes. La situación a julio de 2018, es la siguiente<sup>100</sup>:

Grupos de Edad	Favor de Familiares					
	Hombres		Mujeres		Total	
	Número	P. Media	Número	P. Media	Número	P. Media
0 - 4						
5 - 9	4	268,97	3	206,59	7	242,23
10 - 14	11	273,81	14	253,87	25	262,65
15 - 19	39	290,01	35	291,65	74	290,79
20 - 24	36	308,99	26	409,95	62	351,33
25 - 29	217	260,57	210	265,65	427	263,07
30 - 34	146	271,29	154	275,05	300	273,22
35 - 39	165	273,96	172	277,26	337	275,65
40 - 44	224	249,01	222	239,09	446	244,08
45 - 49	870	485,40	876	501,15	1.746	493,30
50 - 54	2.615	515,32	2.764	547,79	5.379	532,00
55 - 59	2.911	541,56	3.956	579,80	6.867	563,59
60 - 64	2.134	551,50	4.269	601,51	6.403	584,84
65 - 69	1.327	577,19	3.541	611,56	4.868	602,19

<sup>99</sup> Ver RODRÍGUEZ INIESTA. G. (1991): Las prestaciones a favor de familiares, Civitas, Revista Española de Derecho del Trabajo, n.º 49, págs. 749 y ss.

<sup>100</sup> La tabla y sus datos pueden consultarse en la siguiente dirección: <http://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/EstadisticasPresupuestosEstudios/Estadisticas/EST23/EST25>.

## II Congreso Internacional y XV Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social

70 - 74	808	544,53	3.270	583,96	4.078	576,15
75 - 79	396	525,90	2.562	567,59	2.958	562,01
80 - 84	265	463,56	2.553	561,06	2.818	551,89
85 y más	432	452,06	4.647	499,11	5.079	495,11
<b>Total</b>	<b>12.600</b>	<b>514,22</b>	<b>29.274</b>	<b>557,48</b>	<b>41.874</b>	<b>544,46</b>
Edad media	59 años		68 años		65 años	

Como se puede apreciar es una prestación también “claramente feminizada”.

No hay propuestas en el Pacto de Toledo sobre una futura reorientación quizás por su escasa relevancia (en el total del sistema). Fácilmente serían reconducibles en un gran número hacia las pensiones no contributivas que cubrirían la situación de necesidad de las mismas que no es otra que la ausencia de ingresos (al menos en el 75 % del SMI) y o la imposibilidad de obtenerlos por otros medios.

### 3. OTRAS PRESTACIONES CONEXAS

#### A) Presente y futuro del auxilio por defunción

La prestación denominada auxilio por defunción (art. 218 LGSS) ha gozado siempre de una gran raigambre en nuestro sistema protector, pero hoy está en tela de juicio por su falta de virtualidad.

Es necesario que se opte por una real protección a la situación de necesidad que supone la atención a los gastos de entierro o bien que se decida su supresión. Si bien en los inicios del sistema 5.000 ptas. era una cantidad respetable (suponía casi dos veces el SMI del momento<sup>101</sup>), en la actualidad, quizás son más elevados los gastos de gestión de la prestación que la propia cantidad en sí que representa tal auxilio o ayuda que ascienden a 46,50 euros.

Los primeros análisis y propuestas integrales de reforma del Sistema Público de Seguridad Social, como el Libro Blanco de la Seguridad Social, ya postulaban una actualización de la prestación, que después cayó en el olvido hasta la sorprendente reforma llevada a cabo por la Ley 40/2007, que generosamente y en el plazo de cinco años la incrementaba en un 50 % y promete además una actualización periódica. Llevado a cabo el incremento prometido su actualización fue sistemáticamente incumplida y finalmente derogada tal previsión por la Ley 48/2015

La Comisión no permanente del Pacto de Toledo en su debate para valoración de los resultados obtenidos por la aplicación de las recomendaciones del Pacto de Toledo nos anunciaba “su paso a mejor vida” cuando en su apartado 13 “*Solidaridad y garantía de suficiencia*” párrafo tercero nos dice lo siguiente “*La Comisión defiende la revisión del conjunto de las prestaciones del sistema para adaptar aquellas que han podido perder su eficacia protectora (seguro escolar, auxilio por defunción,...)*,” medida que tampoco es una novedad y que en similares términos se proponía en el Libro Naranja.

En la situación actual no deja de ser “una broma de mal gusto” reconocer una prestación de 46,50 euros ¡como máximo! para atender los gastos de entierro.

#### B) Indemnización especial a tanto alzado

Nuestro sistema, con claro olvido de la consideración conjunta de las prestaciones, reconoce dentro de las prestaciones por muerte y supervivencia una indemnización especial a tanto alzado si la muerte es imputable a causas profesionales (art. 227 LGSS) de la que se pueden beneficiar los pensionistas de viudedad, orfandad y los padres del causante (en ausencia de los anteriores). La propuesta sería eliminarla pues la muerte tiene que tener el mismo valor cualquiera que sea la causa que la haya provocado. Si ello no se entendiera oportuno al menos debería de reconsiderarse su extensión a los beneficiarios de la prestación temporal de viudedad.

<sup>101</sup> El D. 2419/1966, de 10 de septiembre fijaba el SMI para los mayores de 18 años en 2.520 ptas./mes. Véase también sobre esta prestación RODRIGUEZ INIESTA, G.: *La viudedad en el Sistema Español de Seguridad Social*, Ediciones Laborum, Murcia, 1986, págs. 165-178.

# CAPÍTULO II. PALEONTOLOGÍA JURÍDICA: LAS PRESTACIONES POR HIJO A CARGO (UN RESBALADIZO FÓSIL VIVIENTE). SU DELIMITACIÓN EN BASE A LAS CARGAS FAMILIARES

JUAN GORELLI HERNÁNDEZ

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de Huelva*

## I. INTRODUCCIÓN

Tal como vamos a tener ocasión de comprobar con las ponencias específicas de esta panel, las prestaciones familiares, y la principal manifestación de las mismas, la prestación por hijo a cargo, están vivas y presentes en nuestro ordenamiento: según las estadísticas<sup>1</sup>, en junio de 2018 había un total de 824.380 beneficiarios respecto de 1.326.33 causantes menores de 18 años; y 191.550 beneficiarios respecto de 194.890 causantes mayores de 18 años discapacitados. No cabe duda de que es una prestación bien viva. No obstante, las diferentes exigencias que vamos a analizar hacen que sea una prestación restringida a ciudadanos de renta muy reducida, y casi exclusivamente por causantes menores de edad; cuestión esta que da al traste con la pretensión “universalista” de la prestación. Si a ello le unimos que la cuantía básica de la prestación es de 291 euros anuales y que en los últimos 18 años dicha cuantía se ha actualizado exactamente en cero euros, creo que está justificado que podamos hablar de una prestación viva, pero fosilizada. De ahí el título de esta ponencia, que hace referencia a la paleontología, que como vemos no es una ciencia ajena a nuestro ámbito del conocimiento.

Pero, de otro lado, este es un fósil resbaladizo: parece que el hecho de estar ante una prestación residual equivale a la escasa atención técnica por parte del legislador, lo que hace que surjan importantes dudas interpretativas, derivadas la mayoría de ellas de la pésima técnica legislativa utilizada por el legislador. Veamos algunos ejemplos:

- Nuestro ordenamiento otorga una prestación por cada hijo menor de 18 años o mayor discapacitado en grado igual o superior al 65 %; así como “por los menores a cargo en régimen de acogimiento o guarda con fines de adopción”. Aparentemente hay un régimen jurídico unitario, con independencia de tratarse de hijos o acogidos. No obstante, la literalidad de los preceptos puede llevarnos a una conclusión diferente: ¿puede un acogido que supera la edad de 18 años (y que, por tanto, pierde la condición de acogido) y que tiene una discapacidad del 65 % o superior ser titular de la prestación? Obsérvese que el art. 352.2 c) LGSS circunscribe esta posibilidad a los “hijos con discapacidad mayores de dieciocho años”, de donde podría deducirse que los acogidos no tendrían esta posibilidad.

- Otro problema es el de los huérfanos totales mayores de 18 años discapacitados, pues dado que estos acceden a la prestación que “hubiera correspondido a sus padres”, se plantea el problema de si deben tener la consideración de discapacitados, o no, antes del fallecimiento del último de los dos progenitores. Como veremos la jurisprudencia se inclina por entender que no.

---

<sup>1</sup> Vid. <http://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/EstadisticasPresupuestosEstudios/Estadisticas/EST45/2589/EST47>

- De otro lado, para este mismo colectivo, al ser causante-beneficiario, se plantea que dada la discapacidad, si es exigible o no cumplir el requisito de estar por debajo del umbral de rentas (el art. 352.3 LGSS se exige de este requisito sólo a los “supuestos de hijos o menores a cargo con discapacidad”); y además, deben cumplir, si trabajan, con la exigencia de estar a cargo, para lo cual si tienen rendimientos del trabajo, no deben superar el 100 % del SMI. Desde mi punto de vista, si no se exige superar el umbral de renta al beneficiario en caso de menores discapacitados, tampoco si es mayor debe exigirse. En cuanto al 100 % del SMI, dado que no se les exige el umbral de renta, que es una cuantía superior al SMI, no tendría lógica imponer, si el discapacitado trabaja, una cuantía aún inferior como el 100 % del SMI, que no puede ser superada para ser causante de la prestación.

- El art. 9.4 RD 1335/2005 establece que el hijo o menor acogido “no está a cargo del beneficiario cuando sea receptor de una pensión contributiva”. ¿Quién es el titular de la pensión contributiva que excluye la condición de hijo a cargo, el causante o el beneficiario? Es evidente que la literalidad del precepto permite llegar a ambas respuestas.

- En el caso de menores de edad sin discapacidad, que sean causante-beneficiarios (huérfanos totales o abandonados), es indispensable que sus ingresos anuales, incluida la pensión de orfandad, no superen el umbral de renta del art. 352.1 LGSS. Sin embargo, a los efectos de la consideración de causante, el art. 9.4 RD 1335/2005 establece que no tendrán esta condición, los hijos o menores acogidos, receptores de pensión contributiva, distinta de la pensión de orfandad o en favor de familiares de nietos y hermanos (a contrario sensu, no se computa la pensión de orfandad para determinar si es causante o no). Es decir, a unos efectos y en ciertos casos, se tiene en cuenta la pensión de orfandad (para que el menor de edad huérfano total o abandonado sea beneficiario); mientras que para otros no será así (ser causante mayor o menor de edad). Existe, por tanto, una falta de armonía en este punto de compatibilidad con la pensión de orfandad.

- La prestación por hijo a cargo tiene naturaleza de prestación no contributiva. Sin embargo, el art. 10.1 a) RD 1335/2005 exige la residencia en territorio nacional al beneficiario, estimándose cumplido este requisito en el supuesto de “trabajadores trasladados por su empresa fuera del territorio español, que se encuentren en situación asimilada a la de alta y coticen en el correspondiente régimen de Seguridad Social español”. Exigencia curiosa, cuanto menos, si reiteramos que la prestación tiene naturaleza no contributiva. La cuestión es aún más llamativa si se tiene en cuenta que el desempleado que acuda al extranjero en busca de trabajo, no cumpliría con esta exigencia y no tendría derecho a la prestación.

En definitiva, que esta actividad de paleontología jurídica nos enfrenta a un campo de minas bastante interesante. Intentemos, ahora, aclarar alguna de las cuestiones.

## II. CONCEPTO DE PRESTACIONES FAMILIARES: ¿AMPLIO O ESTRICTO?

Existe una evidente indefinición de la propia regulación de Seguridad Social en relación a lo que ha de entenderse por prestaciones familiares; además de esa indefinición, existen diferentes prestaciones que de una u otra manera aportan protección a las realidades familiares. Por todo ello, surge el problema conceptual de qué hemos de entender por prestaciones familiares. Al respecto hay dos grandes planteamientos: una interpretación estricta, o bien una interpretación extensa de prestaciones familiares.

En el primer caso, las prestaciones familiares se limitan exclusivamente a aquellas que reciban tal calificación por parte del legislador, circunscribiéndose tan sólo a las que hacen frente a las cargas familiares. Por el contrario, la interpretación amplia considera prestaciones familiares tanto a las anteriores como a aquellas que indirectamente o de manera refleja otorgan algún grado de protección a las familias; lo que supone calificar como prestaciones familiares a las prestaciones por muerte y supervivencia, otorgadas en favor de viudo/a o hijos, incluso recordemos que dentro de este ámbito existen las denominadas prestaciones por muerte y supervivencia “en favor de

familiares<sup>2</sup>; de igual manera, el concepto amplio incluiría también a las prestaciones por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo o cuidado de menores afectados por cáncer u otras enfermedades graves. Además, la configuración amplia supondría también estimar como familiares aquellas situaciones de protección en las que la existencia de familiares a cargo se toma en consideración para incrementar la cuantía de prestaciones que, en principio, no tienen como objetivo la protección de la familia, sino que atienden a una contingencia diferente<sup>3</sup>.

Es evidente que ambas perspectivas conceptuales son insatisfactorias. Realizar un planteamiento conceptual estricto, o basado en la calificación otorgada por el legislador, es un planteamiento artificial<sup>4</sup>; mientras que un concepto de carácter amplio nos conduciría a una situación de protección transversal, en la que el elemento familiar podría quedar bastante difuminado, dando lugar a un ámbito excesivamente heterogéneo de prestación familiar<sup>5</sup>, del que difícilmente podrían escapar la mayoría de las prestaciones.

A los exclusivos efectos de esta ponencia, dedicada a la existencia de cargas familiares, debemos centrarnos en cuál sea la contingencia protegida, de manera que otorguemos la consideración de prestaciones familiares en función de que la contingencia protegida sea estrictamente familiar. Por el contrario, no tendrán dicha consideración las prestaciones que teniendo en cuenta a la familia, su contingencia protegida nada tiene que ver con la familia (asistencia sanitaria, muerte y supervivencia, maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo o lactancia o la prestación por cuidado de hijos con enfermedad grave).

La contingencia protegida en las prestaciones familiares ha sido históricamente<sup>6</sup> y, aparentemente, sigue siéndolo en la actualidad, la existencia de cargas familiares. Las prestaciones familiares tienen como objetivo ayudar al sostenimiento de las cargas económicas que supone el nacimiento o la adopción de hijos, especialmente en ciertas circunstancias de carácter gravoso (familias numerosas, discapacidad)<sup>7</sup>. Debemos entender por “cargas” familiares el hecho de que determinadas circunstancias (el nacimiento del hijo y la dependencia de este respecto de sus progenitores) generan gastos para los padres y tienen un fuerte impacto en las economías familiares. Es decir, la contingencia protegida es el incremento de gastos que suponen para las familias la existencia de hijos (o terceros asimilados, como veremos posteriormente)<sup>8</sup>; circunstancia que difiere de la situación del resto de prestaciones que se incluyen en el concepto amplio de

<sup>2</sup> En este sentido GONZALEZ ORTEGA, S.: “Las prestaciones en favor de otros familiares”, en AA.VV., coordinados por S. González Ortega, *Seguridad Social y familia*, La Ley, Madrid 1999, página 157.

<sup>3</sup> En este sentido ALMENDROS GONZALEZ, M.A.: “La protección familiar del trabajador”, *Temas Laborales* n° 72 (2003), páginas 73 y 74; BOTELLA GIMENEZ, A.: *La protección laboral de la familia*, Universidad de Jaén, Jaén 1996, página 118; de igual manera, GARCIA ROMERO, B.: “La protección familiar en el sistema español de Seguridad Social”, *Aranzadi Social* Tomo V de 2000, página 795; GORELLI HERNANDEZ, J.: “Seguridad Social y protección familiar”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* n° 59, páginas 52 y 53; MONEREO PEREZ, J.L. y RODRIGUEZ INIESTA, G.: “Las prestaciones familiares, ese «pariente pobre» de la Seguridad Social”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social* n° 6 (2016), página 14; ROALES PANIAGUA, E.: “Sinopsis de las prestaciones familiares en España”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* n° 32 (2012), páginas 1 y 2.

<sup>4</sup> BUENAGA CEBALLOS, O.: *La familia y la Seguridad Social*, Dykinson, S.L., Madrid 2014, página 226.

<sup>5</sup> En este sentido JURADO SEGOVIA, A.: “Prestaciones familiares de la Seguridad Social: evolución normativa y puntos críticos de la protección no contributiva”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* n° 24 (2011), página 2.

<sup>6</sup> Vid. esta cuestión respecto del ordenamiento francés en BLAZQUEZ AGUDO, E.M.: “La protección de la familia en la Seguridad Social francesa. Un modelo para el Sistema español”, *Justicia Laboral* n° 35 (2008), página 51. En similar dirección RODRIGUEZ-PIÑERO, M., quien manifiesta que las prestaciones familiares se conceden por la existencia de cargas familiares, de manera que se facilita una renta económica añadida al salario con el objetivo de sostener adecuadamente a la familia; “Seguridad Social, maternidad y familiar”, *Relaciones Laborales* Tomo II (2000), página 3.

<sup>7</sup> PEREZ-BENEYTO ABAD, J.J.: “Prestaciones familiares y cláusulas de residencia: de como la norma va contra la jurisprudencia o el olvido de Europa”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* n° 32 (2012), página 2.

<sup>8</sup> PANIZO ROBLES, J.A.: “La nueva reordenación de las prestaciones familiares de la Seguridad Social (a propósito del Real Decreto 1335/2005, de 11 de noviembre) (primera parte)”, *Tribuna Social* n° 181 (2006), página 14. En similares términos, GORELLI HERNANDEZ, J.: “El proyecto de Constitución Europea y la protección familiar”, en AA.VV., coordinados por R. Quesada Segura, *La Constitución Europea y las relaciones laborales. XXII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Sevilla 2004, Mergablum, página 518.

prestación familiar al que nos hemos referido, pues en dichos casos se trata de mecanismos de protección, no ante el incremento de gastos, sino ante la pérdida de ingresos<sup>9</sup>. Esta configuración de las cargas familiares como situaciones de incremento de gastos encaja también con la definición de prestaciones familiares del art. 1.z) del Reglamento 883/2004<sup>10</sup>. De hecho las prestaciones por hijo a cargo constituyen el eje central de las prestaciones familiares a nivel europeo<sup>11</sup>.

### III. LA CONTINGENCIA PROTEGIDA EN LAS PRESTACIONES FAMILIARES

A tenor de lo anterior, las prestaciones familiares son aquellas en que las cargas familiares constituyen el fundamento de la protección otorgada<sup>12</sup>, aportando rentas económicas a las familias cuando surgen tales cargas familiares. La carga familiar se configura como el incremento de gastos generado por la existencia de hijos o familiares a los que atender. Sin embargo, un análisis con cierto detalle del régimen jurídico de las prestaciones evidencia que no todas las “prestaciones familiares” tienen el mismo objetivo de protección de la familia, ante la existencia de cargas familiares.

De un lado la modalidad no contributiva contempla un conjunto de prestaciones por hijo a cargo, que se configura como la carga familiar protegida. Ello es evidente en la “Asignación económica por hijo a cargo” del art. 352 LGSS. Ciertamente no es tan claro en la prestación por nacimiento o adopción en ciertas familias (numerosas, monoparentales o en caso de madres discapacitadas) y en el caso de la prestación por parto o adopción múltiples, pues no se requiere como requisito formalmente que el/los hijos estén a cargo, si bien el hecho de tener hijos es el detonante de estas prestaciones, presumiéndose que es una carga, incluso agravada, dadas las circunstancias de la familia. En estos casos entramos dentro del marco de la contingencia familiar en sentido más estricto.

Ahora bien, si analizamos esta misma cuestión desde el punto de vista del nivel contributivo de protección, vamos a encontrarnos que las cargas familiares no se configuran como contingencia protegida. En primer lugar, el art. 235 establece que deberán computarse a favor de las trabajadoras un total de 112 días completos de cotización por cada parto de sólo un hijo y 14 más por cada hijo a partir del segundo en caso de partos múltiples, excepto para el caso en que se hubiese cotizado durante la totalidad del período de dieciséis semanas (o más en caso de parto múltiple). Es un periodo de cotización asimilada por parto, una cotización ficticia por cada parto que ha de sumarse a las cotizaciones efectivamente realizadas a los efectos de las pensiones de jubilación e incapacidad permanente. Pues bien, esta prestación poco o nada tiene que ver con la carga que supone el mantenimiento de los hijos. Es una prestación destinada a compensar a las madres biológicas por el hecho de tener hijos, presumiendo que este hecho puede limitar el acceso al mercado de trabajo y, consecuentemente, a la protección de Seguridad Social; una prestación orientada realmente a impulsar la natalidad, más conectada con las prestaciones por maternidad, alejándose notablemente del diseño de las prestaciones que hacen frente a las contingencias consistentes en cargas familiares.

De otro lado, el art. 236 LGSS, regula el denominado beneficio por cuidado de hijos menores, por el que se tienen como cotizados ciertos períodos de tiempo a partir de la extinción del contrato o de la finalización de la prestación por desempleo siempre y cuando dichas situaciones se produzcan en conexión temporal con el nacimiento, adopción o acogimiento. Se trata de otro instrumento destinado a facilitar el mantenimiento de las carreras de seguro, interrumpidas por una razón de carácter familiar, facilitando de este modo que el trabajador pueda dedicar tiempo al

<sup>9</sup> En este sentido PANIZO ROBLES, J.A.: “La nueva reordenación (...) (primera parte)”, op. cit., página 14.

<sup>10</sup> Señala este precepto que “□ (...) todas las prestaciones en especie o en metálico destinadas a hacer frente a los gastos familiares, con exclusión de los anticipos de pensiones alimenticias y los subsidios especiales de natalidad y adopción mencionados en el anexo P”.

<sup>11</sup> PANIZO ROBLES, J.A.: “Las prestaciones familiares en el ámbito de la Seguridad Social”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* n° 29 (2001), página 25.

<sup>12</sup> En este sentido JURADO SEGOVIA, A.: op. cit., página 2.

cuidado de los hijos. Se trata, pues, de una prestación vinculada a las necesidades de conciliación de la vida familiar y laboral que con una prestación que atiende la existencia de una carga familiar.

Por último, el art. 237 LGSS establece de un lado que durante los períodos de excedencia de hasta tres años disfrutados conforme al art. 46.3 ET (excedencia por cuidado de hijos, acogimiento permanente o guarda con fines de adopción), tendrán la consideración de período de cotizado a efectos de ciertas prestaciones. Idéntica consideración de período cotizado tiene el primer año de la excedencia por cuidado de familiares ex art. 46.3 ET. De igual manera, el art. 237.3 LGSS establece para los supuestos de reducción de jornada del art. 37.6 ET, que las cotizaciones se computen con un incremento hasta el 100 % de la cuantía que hubiese correspondido en caso de no reducirse la jornada del trabajador, alcanzando, según los supuestos, diferente duración y afectando a distintas prestaciones. Como vemos, en estos casos también se establecen mecanismos para facilitar el mantenimiento de la carrera del seguro, de su integridad cuantitativa o de su integridad cualitativa; pero nuevamente estamos ante una prestación que no pretende otorgar un mecanismo de protección ante una contingencia derivada de la existencia de cargas de carácter familiar. En realidad, esta regulación pretende evitar las consecuencias negativas de las interrupciones de la carrera del seguro motivadas por la necesidad de atender a responsabilidades de carácter familiar<sup>13</sup>.

Podemos concluir que el nivel contributivo de las prestaciones familiares se limita a establecer medidas para que el ejercicio de los cuidados familiares en caso de responsabilidades de este tipo, no penalice a los trabajadores en el futuro; sin aportar un contenido realmente económico desde la perspectiva de aportar rentas dado el incremento de cargas familiares<sup>14</sup>.

Por lo tanto, las denominadas prestaciones familiares hacen frente a dos contingencias diferentes: de un lado, en las prestaciones no contributivas la contingencia protegida es la existencia de cargas familiares; mientras que la protección contributiva de Seguridad Social no pretende proteger carga familiar alguna, sino que su objetivo es facilitar la continuidad de los trabajadores en la carrera de seguro, cuando estos otorgan cuidados a hijos o familiares. En definitiva, bajo la denominación de prestaciones familiares se protegen diferentes contingencias o bienes jurídicos: de un lado la existencia de hijos a cargo y de otro lado la carrera de seguro de los trabajadores. No estamos, tal como ocurre con la jubilación o la incapacidad permanente, en las que existen dos niveles distintos (contributivo y no contributivo), dirigidos a proteger una misma contingencia, sino ante dos prestaciones totalmente diferenciadas en cuanto el objetivo de protección.

Probablemente sería más acertado considerar que prestaciones familiares son sólo las no contributivas, mientras que las contributivas disfrutan de la consideración de familiares sólo en sentido amplio, y lo cierto es que una cosa es la familia y otra bien distinta la maternidad o la conciliación entre la vida laboral y familiar<sup>15</sup>.

#### **IV. LAS PRESTACIONES FAMILIARES POR HIJO A CARGO: CARACTERES GENERALES**

Con carácter previo al análisis de la configuración de tales cargas familiares y cómo las mismas son protegidas por la prestación por hijo a cargo, debemos señalar cuáles son las características generales de la misma.

<sup>13</sup> MARTINEZ LUCAS, J.A.: “La reordenación de las prestaciones familiares de la Seguridad Social”, *Actualidad Laboral* n° 12 de 2004, página 1421.

<sup>14</sup> JURADO SEGOVIA, A.: Op. cit., página 9.

<sup>15</sup> Sobre esta cuestión vid. GORELLI HERNANDEZ, J.: “El proyecto de Constitución (...)”, op. cit., página 492.

## 1. EL HIJO A CARGO COMO ÚNICA CARGA FAMILIAR PROTEGIDA

En primer lugar, hay que destacar que las cargas familiares se centran en nuestro ordenamiento exclusivamente en el hijo a cargo<sup>16</sup>. Se trata de una concepción ciertamente limitada de las cargas familiares. El legislador se ha centrado en el concepto de familia nuclear estricta; es decir, la constituida por los progenitores y sus hijos. De esta manera, los beneficiarios van a ser los progenitores y los sujetos causantes sus hijos. Con ello se elude por nuestro ordenamiento la posible ampliación a otras situaciones familiares que también representan cargas, especialmente respecto de ascendientes o de otros familiares que pueden suponer un carga<sup>17</sup>.

Al circunscribir las cargas familiares protegidas exclusivamente al hijo a cargo, se evidencia que la intención del legislador es optar por la protección de la familia nuclear; es decir, aquella que está vinculada no sólo por vínculo de parentesco, sino vínculo paterno-filial (con la excepción ya señalada de los acogimientos o la guarda de menores); todo ello con independencia de la existencia de matrimonio o de la constitución de una relación de hecho, ya sea uniones heterosexuales u homosexuales. Se deja, por tanto, fuera del ámbito de protección otros vínculos familiares distintos, sobre todo me refiero a los ascendientes que no serían sujetos protegidos en el caso de las prestaciones familiares.

Como única excepción a lo anterior está la protección de los menores en régimen de acogimiento familiar permanente o guarda con fines de adopción. Se trata de situaciones en las que se extiende la protección familiar por hijo a cargo, pero en base a que estamos ante situaciones muy similares a la del hijo a cargo.

Ha de señalarse que si bien la carga familiar que se tiene en cuenta es el hijo a cargo, el legislador tiene en cuenta determinadas circunstancias familiares que pueden mejorar la protección en estas prestaciones. Así, en primer lugar, la discapacidad, fijando el legislador un elevado grado de discapacidad, el 65 %, que permite que sea causante una mayor de edad; además, en caso de discapacidad, la cuantía de la prestación es más elevada (en este caso estableciéndose una graduación en base a si la discapacidad es del 33 %, del 65 % o el 75 %). Otra de las circunstancias que se tiene en cuenta es la condición de familia numerosa<sup>18</sup>, estableciéndose una mejora en el límite de ingresos máximos para el acceso a la prestación por hijo a cargo.

A tenor de lo que hemos expuesto cabe resaltar cómo el legislador intenta adaptar la protección familiar al hecho de que las necesidades familiares se multiplican en caso del crecimiento de la propia familia o la existencia de la discapacidad, que va a requerir de cuidados suplementarios, incrementando de esta manera la consideración de la “carga” familiar.

## 2. LIMITADA UNIVERSALIZACIÓN DE LA PROTECCIÓN

En segundo lugar, cabe señalar que la protección no contributiva supone un impulso a la tendencia universalizadora en la protección familiar. Es evidente que una protección dirigida a todos los ciudadanos con tales cargas, con independencia de que realicen o no prestación de trabajo, supone un intento por extender subjetivamente la protección.

Sin embargo, dicha tendencia a la universalización es más efectista que real, pues sufre dos importantes limitaciones. En primer lugar, tal como acabamos de mencionar, el hecho de que sólo exista una protección por hijo a cargo, prescindiendo de otras posibles cargas familiares. Pero sobre todo, en segundo lugar, por el hecho de que para acceder a la protección se exige como requisito la carencia de rentas económicas, fijando un determinado umbral de renta que si se supera no permite el acceso a la prestación. Dado que dicho umbral es muy reducido, la

<sup>16</sup> MONEREO PEREZ, J.L. y RODRIGUEZ INIESTA, G.: Op. cit., página 18.

<sup>17</sup> ARENAS VIRUEZ, M.: *Las prestaciones familiares de la Seguridad Social*, Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona 2017, página 57; GORELLI HERNANDEZ, J.: “Seguridad Social (...)”, op. cit., página 50.

<sup>18</sup> Para el concepto de familia numerosa ha de estarse al art. 2 de la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de Protección de Familias Numerosas. Vid. en este sentido las SSTSJ de Navarra de 28 de diciembre de 2007, AS\2007\842; Castilla y León de 9 de junio de 2006, AS\2006\2260.



consecuencia es que sólo una fracción muy pequeña de los posibles beneficiarios puede acceder a las prestaciones por hijo a cargo. Con ello se eliminan del ámbito de esta prestación a la mayoría de la hipotética población beneficiaria de la prestación, preservando la prestación por hijo a cargo exclusivamente para familias con escasos recursos económicos o muy bajo nivel de renta<sup>19</sup>. Este planteamiento del legislador conduce a que la prestación por hijo a cargo se configure como una prestación residual en el ámbito de la acción protectora de la Seguridad.

En la práctica, esta exigencia supone limitar el acceso a la prestación a la inmensa mayoría de las familias en nuestro país. En este sentido baste recordar que la media nacional de la renta familiar en 2016 en nuestro país de 26.730 euros<sup>20</sup>. En la práctica esto supone una protección familiar centrada exclusivamente en las familias que podemos considerar pobres (para hacernos una idea de esta afirmación, el Instituto Nacional de Estadística estimaba en 2015 que el Umbral de Riesgo de Pobreza –calculado sobre los ingresos de 2014- para una familia de dos adultos y dos niños estaba en 16.823 euros anuales<sup>21</sup>, cifra que todavía queda muy por encima del umbral que fija el art. 352.1 c) LGSS)<sup>22</sup>.

Lo anterior implica un freno a esa tendencia universalizadora propia de toda protección no contributiva, pues si bien el planteamiento teórico es que toda la población puede estar protegida, en la práctica sólo una parte reducida de la misma tiene derecho a la misma. Con ello se constata la idea de que las prestaciones no contributivas no tienen necesariamente como consecuencia la universalización de la protección.

El efecto perverso de la exigencia del citado umbral de renta se intenta paliar ampliándolo en caso de familias numerosas (art. 352.1.c párrafo segundo LGSS). Por el contrario, estos efectos negativos se prolongan en la acción protectora, pues el umbral de renta también se exige para acceder a la prestación por nacimiento o adopción de hijo en caso de familias numerosas, monoparentales o con madres discapacitadas (art. 357.3 LGSS).

En conclusión, la tendencia universal o ha de entenderse muy limitada, o es mera apariencia, pues en la práctica sólo quedarán protegidos los hijos menores de edad, o los mayores con un alto grado de discapacidad; y exclusivamente si hay una situación económica de necesidad muy evidente, pues esta se entiende por el legislador de manera muy restrictiva, a la luz de la cuantía del umbral de renta que existe como límite<sup>23</sup>.

### 3. UNA PROTECCIÓN EXCLUSIVAMENTE ECONÓMICA

En tercer lugar, la protección que ofrece nuestro sistema de Seguridad Social a la existencia de cargas familiares, es exclusivamente económica<sup>24</sup>. Probablemente ese sea uno de los principales ámbitos en los que haya de actuar una futura regulación de la protección familiar; sobre todo, si como vamos a ver a continuación, esta protección económica es tan reducida. Parece absolutamente necesario un planteamiento protector que ponga el acento en todo un conjunto de medidas de protección complementaria, ya sea de asistencia social (sobre todo si se pretende mantener que la vía fundamental de protección sea la de atender las necesidades de las familias más desfavorecidas económicamente) y servicios sociales, dirigidos a la protección de los hijos a

<sup>19</sup> GONZALO GONZALEZ, B.: “Familia y Seguridad Social hoy en España”, *Tribuna Social* n° 90 (1998), página 8.

<sup>20</sup> Vid. Instituto Nacional de Estadística, <http://www.ine.es/jaxiT3/Datos.htm?t=9949>

<sup>21</sup> Vid. Instituto Nacional de Estadística, <http://www.ine.es/prensa/np969.pdf>

<sup>22</sup> Téngase en cuenta la modificación del texto del art. 352 introducida por la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018: ya no se fija una cuantía concreta por dicho precepto, sino que éste se remite a las cuantías que se fijen por la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado. Concretamente para 2018 se fija como límite de renta para tener derecho a la prestación, la cuantía de 11.953, 94 euros, incrementada en caso de familias numerosas hasta los 17.991, 42 euros, incrementándose a su vez en 2.914,12 euros por cada hijo a partir del cuarto.

<sup>23</sup> En este mismo sentido ALMENDROS GONZALEZ, M.A.: Op. cit., página 71.

<sup>24</sup> ALMENDROS GONZALEZ, M.A.: Op. cit., página 72.

cargo<sup>25</sup>. De hecho, ya existen mecanismos de servicios sociales, especialmente los dirigidos a los discapacitados, que deberían integrarse desde una perspectiva más clara de protección familiar.

En la práctica esto se ha intentado paliar por la vía de cubrir ciertos aspectos por parte de las CCAA<sup>26</sup>, o incluso a través de la negociación colectiva<sup>27</sup>. Todo ello dificulta el análisis de esta cuestión, por lo que debería realizarse un esfuerzo por unificar los mecanismos de protección familiar y específicamente aquellos que son de carácter público.

#### 4. ESCASA RELEVANCIA ECONÓMICA DE LA PROTECCIÓN

Otra de las características, que además, es tradicional en la regulación de las prestaciones por hijo a cargo, es la escasa relevancia económica que suponen estas prestaciones, que hacen que sean totalmente insuficientes<sup>28</sup>; crítica que viene arrastrándose desde hace años<sup>29</sup>. A tenor del art. 353 LGSS la cuantía anual de la prestación por hijo a cargo se fijará, en su importe anual, en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado (esta redacción obedece a la modificación introducida en la LGSS por la Ley 6/2018, de 4 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018). Para 2018 la Ley 6/2018 establece la cuantía de 291 euros<sup>30</sup>, salvo en el caso de hijos o menores discapacitados, en cuyo caso se incrementa la prestación en función del porcentaje de discapacidad (1.000 euros si el porcentaje es del 33 % o superior; 4.561,20 euros en caso de mayores de edad y discapacidad del 65 % o superior; 6.842,40 euros cuando el hijo es mayor de edad, con discapacidad del 75 % o superior y requiere del auxilio de un tercero). Es decir, excepto en el caso de hijos o discapacitados mayores de edad con un alto grado de discapacidad, la cuantía que aporta la prestación es francamente reducida. La cuestión es especialmente relevante en el caso de los menores de edad no discapacitados, pues la prestación es francamente ridícula (no llega ni a 80 céntimos de euro al día). Entender que el conjunto de cargas económicas que genera un hijo puede resolverse con dicha cuantía es ilusorio.

El incremento de la prestación cuando se producen las circunstancias excepcionales favorece un cierto carácter redistributivo a esta prestación, pues evidencian que tales casos la situación de necesidad es mayor<sup>31</sup>.

En la práctica, el hecho de que existan cuantías prestacionales como las señaladas hace que este tipo de prestaciones se configuren realmente como una prestación que está realmente destinada a aportar una ayuda económica en los casos de hijos o discapacitados a cargo, siempre y cuando el grado de discapacidad sea tremendamente relevante, pues en una situación ordinaria, la escasa cuantía de la prestación hace que la misma sea incapaz de aportar a la familia una renta suficientemente importante como para mejorar la situación de la misma: la cuantía es totalmente insuficiente para lograr el objetivo perseguido que es facilitar un apoyo en forma de renta ante las

<sup>25</sup> MONEREO PEREZ, J.L. y RODRIGUEZ INIESTA, G.: Op. cit., página 18.

<sup>26</sup> ALMENDROS GONZALEZ, M.A.: Op. cit., página 72.

<sup>27</sup> GONZALO GONZALEZ, B.: Op. cit., página 9.

<sup>28</sup> La doctrina laboral ha reiterado tradicionalmente esta crítica a la regulación nacional sobre prestaciones familiares, tildándola de “insuficiente”; así ALMENDROS GONZALEZ, M.A.: Op. cit., página 71; de “mínima cuantía”, tal como señala GONZALO GONZALEZ, B.: Op. cit., página 9; GORELLI HERNANDEZ, J.: “Seguridad Social (...)”, op. cit., página 51, la califica de cuantía “ridícula”; JURADO SEGOVIA, A., señala que es una protección “insignificante”, op. cit., página 27; MONEREO PEREZ, J.L. y RODRIGUEZ INIESTA, G.: Op. cit., página 13, quienes en el mismo título de su trabajo se refieren al “pariente pobre” de la Seguridad Social, calificando posteriormente su cuantía de “ridícula”; PEREZ DEL RIO, T., se refería a la cuantía de estas prestaciones señalando que son “absolutamente insuficientes para subvenir un nivel de vida digno”, op. cit., página 40; RODRIGUEZ ESCANCIANO, S. y ALVAREZ CUESTA, H.: también se refieren a esta prestación como el “pariente pobre”, op. cit., página 77; y hablan de una prestación “simbólica”, “Prestaciones familiares”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social* n° 2 (2015), página 87.

<sup>29</sup> Vid. por ejemplo, GONZALEZ SANCHO, E.: “Apuntes sobre la situación de la protección a la familia en España en 1989 y sobre la conveniencia de mejorarla”, *Documentación Laboral* n° 29 (1989), página 88.

<sup>30</sup> Lo sorprendente no sólo es la escasa cuantía, sino que sigue siendo la misma, al menos, desde el año 2000, vid. GORELLI HERNANDEZ, J.: “Seguridad Social (...)”, op. cit., página 51; lo que supone que estamos ante una especie de prestación fosilizada, tal como afirmaba GONZALEZ SANCHEZ, E.: Op. cit., página 97.

<sup>31</sup> MONEREO PEREZ, J.L. y RODRIGUEZ INIESTA, G.: Op. cit., página 18.

cargas familiares, lo que nos conduce a afirmar que la prestación carece de la efectividad mínima de la que debería gozar.

## 5. LA MAYORÍA DE EDAD COMO LÍMITE (DEFASADO) PARA SER CAUSANTE DE LA PRESTACIÓN

Debe resaltarse que la protección se otorga sólo hasta que el hijo a cargo cumple la mayoría de edad, estimándose que a partir de dicha edad ya no supone una carga para la familia. Podemos decir que este planteamiento está totalmente desfasado respecto de las actuales circunstancias sociales<sup>32</sup>. Al fijar un límite de edad (18 años salvo discapacidad en grado igual o superior al 65 %) el legislador asume que los hijos dejan de configurarse como una carga económica a partir de la citada edad, y que, al haberse incorporado al mundo del trabajo, habrán accedido a rentas propias y suficientes. Es evidente que no puede sostenerse que la edad de 18 años supone la emancipación económica de los hijos. Afirmarlo es desconocer la realidad social de nuestro país y se estaría cayendo en el más absoluto de los ridículos, pues la realidad es que la permanencia de los hijos en el hogar familiar se prolonga hasta edades mucho más avanzadas, como consecuencia en la mayoría de los casos de las elevadas tasas de desempleo juvenil (según la EPA durante el primer trimestre de 2018 la tasa de desempleo de menores de 25 años es del 36,3 %; siendo la de menores de 20 años del 56,2 %<sup>33</sup>) y de la falta de un mínimo de seguridad en el empleo, atípico y temporal. Es urgente, a mi juicio, incrementar la edad de protección, igualándola, al menos con la protección de orfandad. Tan sólo se obvia este límite en el caso de hijos discapacitados, pero que, además tengan un grado tremendamente relevante de discapacidad, lo cual afecta a un número limitado de causantes, por lo que no supone una excepción realmente relevante. De otro lado, la concreción de una edad tan temprana implica la desatención del objetivo mismo de la prestación: atender con una renta mínima la existencia de cargas familiares, que pueden seguir existiendo.

## V. LA CONFIGURACIÓN LEGAL DE LAS CARGAS FAMILIARES: LA PRESTACIÓN POR HIJO A CARGO

Las cargas familiares consisten en un incremento de los gastos como consecuencia de la aparición en la familia de un nuevo miembro o la alteración de las condiciones de un miembro preexistente genera una dependencia económica respecto del conjunto de la familia. Como consecuencia de la aparición de tales cargas, la Seguridad Social pretende reducir o paliar económicamente ese incremento de gastos mediante las prestaciones familiares.

Las cargas familiares que protege nuestro sistema de Seguridad Social, se concentran exclusivamente en el hijo a cargo. Es necesario, por tanto, determinar qué es un hijo a cargo a estos efectos. A tenor de lo previsto por el art. 351 a) LGSS la protección contributiva consiste en la asignación económica “por cada hijo menor de 18 años o mayor de dicha edad y que esté afectado por una discapacidad en un grado igual o superior al 65 %, a cargo del beneficiario, así como los menores en régimen de acogimiento familiar permanente o guarda con fines de adopción”.

A partir de este precepto, encontramos ya alguna de las notas características del concepto de hijo a cargo: ha de ser hijo (extendiéndose la prestación a ciertas situaciones parafamiliares), y ha de tener una edad máxima, excepto si tiene un alto grado de discapacidad.

Sin embargo, este precepto no puntualiza qué significa “estar a cargo”, más aún, ni tan siquiera puntualiza bajo quién se está a cargo (lógicamente, el beneficiario). La determinación de tales cuestiones se produce por la interacción del segundo y tercer párrafos de la letra a) del art. 351 con la determinación del beneficiario de la prestación, regulado en el art. 352 LGSS. Si tenemos en cuenta lo especificado en tales preceptos, estar a cargo significa convivir con el beneficiario,

<sup>32</sup> GONZALO GONZALEZ, B.: Op. cit., página 9.

<sup>33</sup> Vid. <https://www.datosmacro.com/paro-epa/espana>

residiendo ambos en territorio español, convivencia que supone la dependencia económica del hijo a cargo respecto del beneficiario. En definitiva, hijo a cargo es, sustancialmente, el menor de 18 años que conviva y dependa económicamente del beneficiario.

Más armónica resulta el desarrollo reglamentario de esta regulación, el art. 9 del RD 1335/2005, de 11 de noviembre, por el que se regulan las prestaciones familiares de la Seguridad Social, que señala la existencia de hijo o menor acogido a cargo, señalando que el hijo o menor se considera a cargo “cuando convivan y dependa económicamente del beneficiario”.

## 1. HIJOS O ACOGIDOS MENORES DE EDAD

El primer elemento para considerar que estamos ante un hijo a cargo es la existencia de un hijo, lo que evidentemente supone una relación paterno filial regulada por nuestro Código Civil. Puede, en su caso, generarse problemas, siempre interesantes por lo truculento, en cuanto a las presunciones de paternidad y los actos de reconocimiento y las acciones judiciales de filiación; pero en todo caso, siempre que exista dicha relación paterno-filial, existe, a los efectos de protección de Seguridad Social, un hijo. Tal protección se otorga sea una filiación originada por el parto (ya sea matrimonial o no), o adoptiva, sin que exista ningún tipo de diferenciación entre una y otra.

Además, la protección también se otorga en casos en los que no hay un hijo en términos jurídicos, sino otras situaciones propias del derecho de familia que son cercanas a la relación paterno-filial; por lo que podríamos hablar de prestaciones cuasifamiliares en estos casos. Me refiero a los casos de acogimiento familiar permanente y guarda con fines de adopción; fenómenos regulados por los arts. 173 y ss. del Código Civil, y que, en materia de protección familiar, producen los mismos efectos que la consideración del causante como hijo. Desde este punto de vista se plantea una delimitación amplia de la consideración de “hijo”, pues a los efectos de prestaciones por hijo a cargo, lo va a ser tanto el hijo en sentido estricto, con independencia de la naturaleza de la filiación, como los supuestos de acogimiento y guarda<sup>34</sup>. En estos casos realmente no se tiene en cuenta el nexo familiar, sino la dependencia del menor respecto de las personas acogedoras.

Para ostentar la condición de hijo a cargo ha de cumplirse con una exigencia de edad máxima: necesariamente han de ser hijos menores de edad. Ante todo, merece la pena destacar que la exigencia de una edad máxima del causante para el percibo de la prestación supone limitar aún más el ámbito de la prestación, dejando fuera a todos aquellos que, pese a ser una carga para la familia, superan los dieciocho años.

Aparentemente esta exigencia parece conectarse con el hecho de que el legislador considera que a partir de la citada edad, los hijos dejan de ser una carga, por lo que no se establece ya una prestación en estos casos. Con anterioridad hemos criticado este límite de edad, que ciertamente, podría tener la justificación que acabamos de señalar, pero es evidente que con carácter general el hijo no deja de ser una carga económica para la familia una vez superada esa concreta (y temprana) edad. Puede ser conveniente, como límite a la percepción de la prestación, especificar una edad como límite, pero la edad que ha fijado nuestro ordenamiento, simplemente no es coherente con los condicionamientos sociales, familiares y educativos actuales (desempleo juvenil, permanencia de los hijos bajo la protección paterna hasta bien avanzada su edad, la continuidad de los estudios), por lo que requiere de una inmediata intervención por parte del legislador, elevando dicha edad, cuanto menos, para equipararla con las exigencias en las prestaciones de orfandad<sup>35</sup>.

<sup>34</sup> En este sentido ARENAS VIRUEZ, M.: Op. cit., página 57.

<sup>35</sup> También en la misma dirección crítica, ARENAS VIRUEZ, M.: Op. cit., página 57; BARRIOS BAUDOR, G.L. y BLAZQUEZ AGUDO, E.M.: Op. cit. página 49; BLAZQUEZ AGUDO, E.M.: “Comentario a la jurisprudencia más reciente sobre prestaciones familiares”, en AA.VV., coordinados por S. González Ortega, “Seguridad Social y familia”, La Ley, Madrid 1999, páginas 56 y 57; JURADO SEGOVIA, A.: Op. cit., página 11; PANIZO ROBLES, J.A.: “La (...)”

Si la finalidad perseguida de la prestación es facilitar un incremento de renta a las familias que sufren cargas familiares, ha de advertirse que la carga se mantiene con independencia de la edad del hijo, siendo lo verdaderamente determinante de la carga la dependencia económica; por lo que lo más adecuado es estimar la prestación mientras se mantenga dicha situación, con independencia de la edad del hijo (o, al menos, incrementando sustancialmente dicha edad). Sin embargo, nuestro ordenamiento presume (salvo prueba en contra –art. 9.2 RD 1335/2005–) que los menores de 18 son, en sí mismo, como categoría humana, una carga para las familias<sup>36</sup>. En sentido contrario, automáticamente dejan de serlo a partir de los 18 años. Por lo tanto, se presume que, por el mero hecho de superar una determinada edad, los jóvenes no son ya una carga para la familia, de manera que, aun cuando existe dependencia económica la superación de dicha edad impide que se otorgue la consideración de hijo a cargo, no existiendo, por tanto, derecho a la prestación<sup>37</sup>.

El legislador ha establecido una excepción a esta exigencia de edad, admitiendo el abono de la prestación en caso de hijos mayores de edad con una discapacidad mínima del 65 % (art. 351.a LGSS). El primer problema interpretativo de esta excepción es que su literalidad se refiere sólo al “hijo” mayor de edad afectado por una discapacidad del 65 %; por lo que parecería que esta excepción no alcanza a los acogidos o personas en régimen de guarda. Es decir, parece que esta literalidad reserva la posibilidad de mayores de edad causantes de la prestación, tan sólo para los hijos discapacitados, no para los mayores acogidos discapacitados. Algún rastro hemos localizado en la jurisprudencia que se muestra favorable a una interpretación sistemática, equiparando el régimen del acogimiento al de la filiación (si el hijo permanece en el núcleo familiar tampoco hay derecho a ser beneficiario de la prestación)<sup>38</sup>. Ciertamente, somos partidarios de un régimen unificado de los causantes hijos o acogidos, sin que deban existir diferencias a los efectos del disfrute de la prestación por hijo a cargo<sup>39</sup>. Ahora bien, la solución en este caso es más simple y no requiere realmente de una interpretación sistemática: el acogimiento afecta a los menores de edad, de modo que el cumplimiento de la mayoría de edad supone que la situación de acogimiento desaparece, pasando a situación, si se me permite la expresión, de hijo “normal”; pudiendo en base al art. 353.2 c) LGSS ser causante-beneficiario de la prestación. En el caso de que no tenga capacidad de obrar, el problema no es si deja de ser causante, que lo seguirá siendo, pues será hijo de sus progenitores, el problema reside en quién sea el beneficiario.

De entrada, debe repararse en el alto grado de discapacidad que se exige para poder acceder a la prestación siendo mayor de edad, el 65 %, si bien la actual regulación supuso una rebaja, pues la Ley 26/1990 exigía el 75 % de discapacidad. El alto porcentaje de discapacidad evidencia la existencia de una carga familiar, teniendo así un efecto moderador de la edad, al permitir que se mantenga la consideración de hijo a cargo a los mayores de edad; si bien, la exigencia es maximalista, pues el porcentaje de discapacidad es tremendamente alto, lo que en la práctica excluye de la prestación a la mayoría de los discapacitados. Teniendo en cuenta que los mayores de edad discapacitados, pero en grado inferior al 65 % pueden seguir suponiendo una carga para las familias, es evidente que debería irse a una más adecuada graduación de la situación a los efectos de mantener el derecho a las prestaciones por hijo a cargo una vez se haya superado la edad de 18 años<sup>40</sup>.

Además de lo anterior, debe señalarse que la discapacidad tiene efectos sobre la cuantía de la prestación, pues ya se trate de menores discapacitados o mayores discapacitados, se produce un incremento de la cuantía de la prestación en función del grado de discapacidad (vid. art. 353.2 LGSS). De otro lado, la discapacidad también se tiene en cuenta a los efectos de la propia situación de necesidad: si bien se requiere con carácter general que el beneficiario no alcance ciertos niveles

nueva reordenación (...) (primero parte)”, op. cit., páginas 23 y 24; ROALES PANIAGUA, E.: Op. cit., página 17; RODRIGUEZ ESCANCIANO, S. y ALVAREZ CUESTA, H.: Op. cit., página 90.

<sup>36</sup> BARRIOS BAUDOR, G.L. y BLAZQUEZ AGUDO, E.M.: Op. cit., páginas 48 y 49.

<sup>37</sup> STS de 7 de julio de 1999, RJ\1999\6444.

<sup>38</sup> En este sentido la STSJ de Cataluña de 15 de julio de 2016, AS\2016\1655.

<sup>39</sup> Vid. STSJ de Cataluña de 15 de julio de 2016, AS\2016\1515.

<sup>40</sup> BARRIOS BAUDOR, G.L. y BLAZQUEZ AGUDO, E.M.: Op. cit., página 49.

de renta fijados por el ordenamiento; como excepción, el art. 352.3 LGSS establece que en el caso de hijos o menores a cargo con discapacidad (y a estos efectos no se señala porcentaje alguno de discapacidad, siendo esta cuestión indiferente –si bien en el caso de mayores de 18 años, debe alcanzarse al menos el 65 %, pues de lo contrario no nace derecho alguno) no se exige límite alguno de recursos para reconocer la prestación.

Cabe señalar como el legislador ha configurado la discapacidad como una especie de carga familiar cualificada respecto de la prestación ordinaria por hijo a cargo<sup>41</sup>, lo que se evidencia por el hecho de la no aplicación del requisito de la edad, el incremento de la cuantía de la prestación o la no exigencia del límite de recursos económicos al beneficiario como prueba de la situación de necesidad.

A los efectos de la calificación como discapacitado y la determinación del grado de la discapacidad, el art. 354 LGSS señala que habrá de estarse al baremo regulado por Real Decreto; lo que nos remite al RD 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de minusvalía<sup>42</sup>. Como es lógico, aquellos mayores de edad que no alcancen ese 65 % según este baremo, no generarán derecho a la prestación<sup>43</sup>.

De otro lado, en el caso de discapacitados mayores de edad hay que resaltar que se rompe totalmente el esquema básico de las prestaciones por hijo a cargo: un beneficiario, el progenitor o acogedor, del que dependen los menores causantes, de manera que la prestación se dirige a paliar los efectos del gasto que generan tales causantes a las familias. A tenor del art. 352.2 c) será beneficiario el hijo con discapacidad, mayor de edad, que no haya visto modificada judicialmente su capacidad y que conserve la capacidad de obrar. Sobre esta última cuestión el art. 10.2 del RD 1335/2005, puntualiza en su segundo párrafo, que se presume que el mayor de 18 minusválido mantiene su capacidad, salvo que se acredita la incapacitación judicial.

En este caso causante y beneficiario son la misma persona. Lógicamente, aquí no se exige convivencia entre causante y beneficiario, pues es imposible la disociación; y el precepto tampoco exige convivencia con la familia. Por lo tanto, es posible que no haya convivencia familiar y el beneficiario/causante genere y reciba la prestación; o dicho de otra manera, sin que haya una familia, se va a generar una prestación familiar. En la práctica, en estos casos estamos ante una prestación destinada a proteger una situación de discapacidad estrictamente individual, que no tiene como situación protegida la existencia de una familia, ni la existencia de cargas para la familia<sup>44</sup>.

## 2. LA CONVIVENCIA

### A) Significado de convivencia

Tal como señala el art. 9 del RD 1335/2005, el hijo o menor se considera a cargo cuando conviva y dependa económicamente del beneficiario. Desde mi punto de vista, los dos elementos esenciales que determinan la consideración de hijo a cargo son justamente estos dos, la convivencia y la dependencia; es, a partir, de aquí, que se configura la carga familiar que supone el hijo a cargo.

Como vamos a ver, convivencia y dependencia económica se van a entrelazar de manera bastante firme, por lo que en la práctica parecería que ambos generan un único requisito, de manera que hay convivencia cuando hay dependencia y viceversa.

Ha de reconocerse que el legislador ha dado pocas indicaciones respecto de lo que ha de entenderse por convivencia, por lo que, en principio, hemos de estar a la interpretación usual del

<sup>41</sup> En este sentido BUENAGA CEBALLOS, O.: Op. cit., página 259.

<sup>42</sup> TREJO CHACON, M.F.: “Prestaciones familiares: zonas grises”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* nº 32 (2012), página 18.

<sup>43</sup> Vid. en este sentido la STSJ de Galicia de 27 de noviembre de 2000, JUR\2001\12812.

<sup>44</sup> Sobre la cuestión vid. BARRIOS BAUDOR, G.L. y BLAZQUEZ AGUDO, E.M.: Op. cit., página 60.

término convivencia: vivir en compañía de otro. De hecho, indirectamente, al regularse la dependencia económica, se afirma por el art. 351 a) LGSS en el segundo párrafo, que no se pierde la condición de hijo a cargo cuando se realiza un trabajo lucrativo, “siempre que continúe viviendo con el beneficiario de la prestación”. Con dicha literalidad se está confirmando la interpretación que hemos realizado de la convivencia. Por lo tanto, la convivencia supone, como punto de partida que ambos, causante y beneficiario vivan juntos. Ello supone, a mi juicio, que deben vivir bajo el mismo techo, de manera que no habría convivencia si la residencia de ambos resulta ser distinta.

No obstante, hemos de recordar cómo la doctrina se ha mostrado partidaria de una interpretación flexible de este requisito, admitiendo que no era necesaria la convivencia bajo idéntico techo para ser sujeto causante, asimilando convivencia a dependencia económica<sup>45</sup>. En este mismo sentido ha existido una importante línea jurisprudencial favorable a estimar la existencia de convivencia, pese a que el hijo no viva con el beneficiario, siempre que dependa económicamente del mismo; para ello se basa en la aplicación analógica a las prestaciones por hijo a cargo de la interpretación sobre el desempleo asistencia cuando existen responsabilidades familiares<sup>46</sup>; y para el caso de los inmigrantes cuyos hijos residen en el país de origen, se acude al art. 1 g) del Convenio nº 157 OIT sobre establecimiento de un sistema internacional para la conservación de los derechos en materia de Seguridad Social, que permite evitar la exigencia, en estos casos, del requisito de convivencia, pues señala que cuando se considere familiar sólo a ciertas personas que vivan bajo el mismo techo que el beneficiario, se considera cumplido el requisito cuando los familiares en cuestión estén principalmente a cargo del interesado<sup>47</sup>.

A mi juicio, la convivencia estricta no debería ser requisito para la protección por hijo a cargo, pues lo que determina la existencia de una carga económica es que el hijo dependa económicamente del beneficiario, de manera que la carga existe por la dependencia, no por la convivencia.

Pero, al margen de la literalidad de la regulación, que apunta a la necesidad de convivencia real, probablemente el principal obstáculo para la interpretación flexible de la convivencia es el hecho de que el legislador de manera expresa, utiliza la convivencia como elemento para presumir la dependencia económica: tal como señala el art. 9 del RD 1335/2005, se presume que existe dependencia económica cuando el hijo o menor acogido conviva con el beneficiario, simplificando de esta manera el requisito de la dependencia económica<sup>48</sup>. Es decir, al contrario que la interpretación flexible de convivencia, que la estima existente, por la dependencia; el legislador presume la dependencia al hecho de la convivencia, justificando así que se exija real convivencia.

En todo caso, ha de advertirse que, con carácter general, no cumplir el requisito de convivencia, equivale a no generar derecho a la prestación, y ello incluso si se demuestra que el menor depende económicamente del beneficiario. Por ejemplo, si un menor decide iniciar una vida independiente y separadamente de la familia, aun cuando sea ésta quien soporte las cargas económicas de esta decisión, no habría derecho a la prestación por hijo a cargo<sup>49</sup>. En buena medida la claridad del precepto evita la interpretación flexible a la que había llegado el Tribunal Supremo en momentos anteriores<sup>50</sup>. No obstante, sigue siendo evidente la tensión favorecedora de una interpretación flexible de la convivencia en términos de dependencia económica<sup>51</sup>.

<sup>45</sup> Vid. MORENO DE VEGA Y LOMO, F.: Op. cit., página 45; PANIZO ROBLES, J.A.: “La nueva reordenación (...) (primera parte)”, op. cit., página 24.

<sup>46</sup> Vid. STS de 21 de enero de 2003, RJ\2003\1989; también la STSJ de Canarias de 25 de noviembre de 2004, AS\2004\3807.

<sup>47</sup> SSTSJ de Cataluña de 19 de abril de 2006, AS\2006\2872; Cataluña de 3 de noviembre de 2005, AS\2006\307; Canarias de 25 de noviembre de 2004, AS\2004\3807.

<sup>48</sup> MORENO DE VEGA Y LOMO, F.: Op. cit., página 44.

<sup>49</sup> En este sentido GARATE CASTRO, J.: “Comentarios al régimen vigente de las prestaciones de Seguridad Social por hijo a cargo”, *Documentación Laboral* nº 34 (1991), página 113.

<sup>50</sup> Vid. JURADO SEGOVIA, A.: Op. cit., página 11.

<sup>51</sup> En este sentido, es interesante remitirnos a la STSJ de Cataluña de 2 de enero de 2013, AS\2013\685, que se centra en la interpretación de la regulación en un supuesto de familia numerosa integrada por hijos de diferentes matrimonios, (...)

Aun cuando la convivencia es requisito necesario para acceder a la protección, hay casos en los que dicha convivencia es imposible, pero se genera derecho a la prestación. Me refiero, de un lado a los supuestos de huérfanos totales (de padre y madre) y a los casos de abandono en los que el menor no esté en régimen de acogimiento familiar permanente o guarda con fines de adopción. No creo necesario tener que explicar la razón de que en estos casos no se exija la convivencia. A lo anterior se suma el supuesto de discapacitados mayores de 18 años que conserven su capacidad de obrar.

## B) Convivencia y separación transitoria

De otro lado, el art. 9.2 del RD 1335/2005, señala que no rompe la convivencia la “separación transitoria motivada por razón de estudios, trabajo de los padres o acogedores, tratamiento médico, rehabilitación u otras causas similares”. Esta norma supone establecer una excepción a la exigencia de convivencia entre causante y beneficiario, pues se estima el cumplimiento del requisito de convivencia en aquellas casos en los que ésta cesa de manera transitoria por ciertos motivos. De entrada, hemos de tener en cuenta que se trata de una separación o cese de la convivencia de carácter transitorio, es decir, que no estamos ante situaciones definitivas, sino meramente temporales. El carácter transitorio es absolutamente necesario, pues si el cese en la convivencia fuese definitivo, o al menos indefinido, dejaría de cumplirse la exigencia de convivencia. Es la propia temporalidad lo que justifica que no haya cese en la convivencia.

Debemos tener en cuenta que en realidad, no estamos ante excepciones a la exigencia de convivencia. Es decir, estos supuestos de separación transitoria no se configuran como excepción a la exigencia general de convivencia, sino que son situaciones en las que el legislador confirma la existencia de convivencia, por el carácter meramente transitorio de la situación. En todo caso, lo que está detrás de la especificación expresa de situaciones en las que no se considera rota la convivencia, por la transitoriedad de la situación, es la necesidad de que haya convivencia bajo el mismo techo, reforzando así la necesidad de que la misma exista en estos términos<sup>52</sup>.

El legislador establece un listado de las causas que pueden interrumpir la convivencia sin que ello suponga que deje de cumplirse con este requisito: los supuestos de estudios, trabajo de los padres o acogedores, tratamiento médico y rehabilitación. Debe señalarse que el listado es meramente ejemplificativo, es decir que no se trata de un conjunto de circunstancias cerradas que justifican que pese a que se haya cesado en la convivencia, esta sigue existiendo. Al contrario, junto con las expresamente señaladas se admite que hay otras diferentes, que no se han reconocido expresamente por el legislador, pero que seguirían justificando el mantenimiento de la convivencia. En todo caso, tales supuestos no recogidos expresamente deben ser similares o afines a los expresamente señalados por el legislador, de manera que sólo si se produce esa relación de analogía o similitud con las causas reguladas se justificaría el mantenimiento de la convivencia.

De entrada, se plantea la posibilidad de que el desarrollo de estudios justifique la separación temporal, de manera que no haya interrupción de la convivencia. Con este supuesto se hace referencia a que no dejará de considerarse hijo a cargo pese a la falta efectiva de convivencia, cuando el causante deja transitoriamente el hogar familiar para proceder al desarrollo de los estudios. Dado el motivo que justifica la falta de convivencia, parece adecuado señalar que una vez finalizados los estudios totalmente (no nos referimos, por tanto, a los períodos vacacionales), no podrá sostenerse que hay convivencia si el hijo continúa fuera del núcleo familiar. Si bien el

---

algunos de los cuales no vivían de manera efectiva con el progenitor que solicitaba la prestación. Ha de tenerse en cuenta que el art. 2.2 c) de la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de Protección a las Familias Numerosas señala que se considera como familia numerosa la compuesta por “c) El padre o la madre separados o divorciados, con tres o más hijos, sean o no comunes, aunque estén en distintas unidades familiares, siempre que se encuentren bajo su dependencia económica, aunque no vivan en el domicilio conyugal”. Esta consideración de la dependencia económica permitió que se dictase sentencia a favor del disfrute de la prestación por hijo a cargo, aun cuando no había verdadera convivencia.

<sup>52</sup> PEREZ-BENEYTO ABAD, J.J.: Op. cit., página 11.



supuesto prototípico la ausencia de hijos por estudios, también el beneficiario podría ser quien desarrolla estudios fuera del domicilio común, obligándolo a residir, temporalmente de manera separada respecto del causante.

En segundo lugar, están los casos de cese de convivencia por tener que desplazarse, por motivos de trabajo, los padres o acogedores fuera del hogar familiar. En este caso ha de resaltarse que si se identifica con claridad el sujeto que ha de abandonar el hogar, que es el padre o acogedor. Ello hace que nos planteemos si hay ruptura efectiva de la convivencia cuando es el hijo o acogido quien abandone el hogar familiar por necesidades laborales. Posteriormente veremos que es posible que los hijos o acogidos desarrollen prestación de trabajo sin que ello suponga que no hay dependencia, lo cual facilitaría una interpretación flexible en estos casos.

En tercer lugar, están los supuestos de tratamiento médico y rehabilitación. Es evidente que la situación de enfermedad o accidente que requiera de tratamiento médico que implique la hospitalización o el internamiento sanitario del causante o del beneficiario, no supone la ruptura de la convivencia, sino que se justifica por la necesidad de atender la salud de la persona. Obsérvese que la norma no restringe el supuesto en manera alguna, por lo que la recepción de cualquier tratamiento médico justifica que, pese a que el perceptor del mismo deje de convivir con el otro sujeto (si el tratamiento es domiciliario, es evidente que ni tan siquiera hay lugar para que entre en juego esta excepción), no hay cese real de la convivencia. Y ello incluso si tras el tratamiento médico no hay una verdadera patología, sino el mero interés por adquirir una determinada apariencia (caso de intervenciones puramente estéticas). De otro lado, parece lógico pensar que cuando el RD señala a la rehabilitación, esta tenga carácter médico y sea consecuencia de un accidente o de una enfermedad, estando dirigida a la plena recuperación del enfermo, a lo cual anima el hecho de que se hable de la rehabilitación a continuación del tratamiento médico; pero nada se opone a que otros tipos de rehabilitación justifiquen que no hay ruptura de convivencia, como sería el caso del internamiento para rehabilitación por drogadicción; además, de no estimarse incluidos estos supuestos, siempre podríamos acudir a la cláusula de cierre de los supuestos análogos<sup>53</sup>. La jurisprudencia se ha enfrentado a supuestos similares, como el ingreso de los hijos en centros especiales, justificado por la discapacidad severa, señalando que si los progenitores participan en el coste de la financiación, se tendrá derecho a la prestación; mientras que si no se realiza aportación alguna para el sostenimiento del hijo, se estimará incumplido el requisito de convivencia<sup>54</sup> (lo que nos remite realmente a un planteamiento de convivencia en términos de dependencia económica); y en el mismo sentido se ha manifestado la doctrina laboral<sup>55</sup>.

En buena medida estos supuestos en los que no se rompe la convivencia, son manifestación de la existencia de una real dependencia económica, evidenciando la imbricación de ambas exigencias, tal como señalamos anteriormente. Desde este punto de vista, se ha llegado a

<sup>53</sup> No obstante, la cuestión es discutible, vid. JURADO SEGOVIA, A.: Op. cit., página 15.

<sup>54</sup> En este sentido la STS de 14 de octubre de 1999, RJ\1999\7550; también la STSJ de Canarias de 30 de noviembre de 2001, JUR\2002\122687, sobre un supuesto de internamiento de hijo discapacitado en un 93 % con trastornos de conducta y con componentes psicóticos. En este caso se añadía al anterior razonamiento, que si se perdía la guarda y custodia, otorgándose al centro, no cabe entrar a realizar distinción alguna, siendo imposible conceder la prestación. En similares términos la STSJ de Canarias de 17 de diciembre de 1999, AS\2000\1270. La STSJ de Cataluña de 7 de julio de 2006, JUR\2007\71494 estimó que en un supuesto de desaparición del hijo, discapacitado psíquico en grado del 65 %, se mantenía derecho a la prestación, pues aun cuando no existía convivencia, los padres estaban integrados en la Agrupación de Familiares de Desaparecidos, abonando las cuotas, con el objetivo de localizarlo, estimándose que ello evidenciaba una situación de dependencia, al existir gastos económicos dirigidos a favorecer al hijo; al menos hasta el momento de la declaración legal de ausencia. La STSJ de Madrid de 23 de noviembre de 2004, AS\2004\3393 resolvía un supuesto de ingreso en prisión de mayor de edad discapacitado, estimando que al proveer la madre de cantidades económicas para atender las necesidades del hijo en prisión, entregando cantidades económicas mensuales, existía derecho a la prestación. También de una manera muy flexible la STSJ de Cantabria de 26 de septiembre de 2014, JUR\2014\248416, estimó el derecho de la prestación, pese a que la guarda del hijo y su tutela estaba en manos del Gobierno de la Comunidad Autónoma, pues los fines de semana y durante otros periodos de corta duración, el hijo permanecía en el hogar familiar y a cargo de la beneficiaria.

<sup>55</sup> BARRIOS BAUDOR, G.L. y BLAZQUEZ AGUDO, E.M.: Op. cit., página 78; JURADO SEGOVIA, A.: Op. cit., página 15; ROALES PANIAGUA, E.: Op. cit., página 19.

considerar que en la práctica la convivencia no es sino un indicio o una prueba de que hay dependencia económica, que se configuraría como el verdadero elemento desencadenante del derecho a la prestación<sup>56</sup>.

### C) Convivencia y residencia

En directa relación con la convivencia, encontramos como se establece la obligación de residencia en España. En concreto, el art. 352.1 a) exige que el beneficiario resida en España, lo que supone negar la prestación a quien la solicita residiendo en el extranjero, o la extinción de la misma, si tras obtenerla, deja de residir en España<sup>57</sup>. La residencia puede probarse por cualquier medio admitido en Derecho<sup>58</sup>. Obsérvese que, tal como señala el art. 11 RD 1335/2005, si ambos progenitores o acogedores conviven, sólo uno de ellos podrá ser beneficiario de la prestación: dado que se exige la convivencia entre causante y beneficiario, no entre causante y ambos progenitores, es perfectamente posible que el progenitor o acogiente no beneficiario, no resida en España. De otro lado, la residencia se exige al beneficiario, sea este progenitor o acogedor, de manera que, si estamos ante un supuesto de acogimiento, residiendo el beneficiario en España, es indiferente que los padres residan en el extranjero.

Por otra parte, el art. 352.1 b) LGSS señala que para ser beneficiarios deben tenerse hijos o menores a cargo “que residan en territorio español”; es decir, la exigencia de residencia debe darse tanto para el beneficiario como para el causante; lo cual es consecuencia de la exigencia de convivencia: si se requiere convivencia y el beneficiario debe residir en España, ello supone que el causante también debe residir en España. Por lo tanto, estamos ante una duplicidad en la exigencia de residencia, que afecta tanto a beneficiario como a causante, de manera que si uno de ellos no cumple con la misma, no se generará derecho a la prestación<sup>59</sup>. Se refuerza así la idea de la necesidad de verdadera convivencia o convivencia en sentido estricto.

La doctrina ha señalado que la duplicidad de la exigencia de residencia tanto para el beneficiario como para el causante es una reacción frente a la jurisprudencia que había interpretado de manera flexible el requisito de convivencia, admitiéndose que era factible acreditar la convivencia por la vía de la dependencia económica, facilitando de esta forma el cumplimiento de la convivencia cuando el beneficiario era un ciudadano extranjero y el beneficiario residía en el país de origen<sup>60</sup>.

Ha de advertirse que la exigencia de residencia en territorio nacional no incide sobre aquellas situaciones en las que transitoriamente se rompe la convivencia: si aceptamos como situación de convivencia la separación transitoria por motivos de estudios, la exigencia de residencia no puede desactivar esta excepción, de manera que el causante podrá estudiar en el extranjero y no sólo en territorio nacional. De igual manera, si la separación transitoria se produce por motivos de salud, la exigencia de residencia en España no puede impedir que se siga considerando la existencia de convivencia por el hecho de que el causante o el beneficiario reciban tratamiento médico en el extranjero.

<sup>56</sup> En este sentido ARENAS VIRUEZ, M.: Op. cit., página 58

<sup>57</sup> En este sentido vid. la STSJ de Andalucía de 12 de noviembre de 2015, JUR\2016\27601.

<sup>58</sup> MARTINEZ LUCAS, J.A.: “La reordenación de las prestaciones familiares de la Seguridad Social”, *Actualidad Laboral* n° 12 (2004), página 1427.

<sup>59</sup> Téngase en cuenta que el original art. 184 del RD Legislativo 1/1994 (TR LGSS de 1994) establecía la exigencia de residencia tan sólo para el beneficiario, no para el causante, lo que permitía a la jurisprudencia afirmar que podía generarse derecho a la prestación aun cuando el causante residía fuera de España, lo que es habitual en el caso de los inmigrantes; así la STS de 21 de enero de 2003, RJ\2003\1989; SSTSJ de Canarias de 25 de noviembre de 2004, AS\2004\3807; Cataluña de 20 de noviembre de 2003, AS\2003\4228; Castilla-La Mancha de 20 de junio de 2001, AS\2002\860; Castilla-La Mancha de 29 de junio de 1999, AS\1999\5925. La doble exigencia fue introducida en nuestro ordenamiento por la Ley 52/2003, de 10 de diciembre, de disposiciones específicas en materia de Seguridad Social (BOE de 11 de diciembre).

<sup>60</sup> En este sentido PEREZ-BENEYTO ABAD, J.J.: Op. cit., páginas 3 y 4.

En cuanto a la separación transitoria por motivo de trabajo que no rompa la convivencia, deberíamos resolver la cuestión de idéntica manera a los casos señalados en el párrafo anterior; pero en estos casos hay una norma específica que cubriría la situación: el art. 10.1 a) RD 1335/2005, a tenor del cual se señala que se considera que existe residencia en territorio español, cuando el trabajador sea trasladado por su empresa fuera del territorio nacional, siempre que estén en situación asimilada al alta y coticen en el correspondiente régimen de Seguridad Social español.

Obsérvese cómo la norma puntualiza que se requiere al beneficiario que mantenga la situación de alta (asimilada) y la cotización con la Seguridad Social española. Parece que ello se justifica por entender que nuestro sistema de Seguridad Social se hará cargo de la prestación si el beneficiario mantiene su vinculación con el sistema. No obstante, esta es una exigencia (alta y cotización) del todo anómala dentro de una prestación no contributiva de Seguridad Social, y limita en estos casos el mantenimiento de la prestación exclusivamente a aquellos beneficiarios que mantengan una relación con la Seguridad Social española, de manera que quienes no estén en alta, no podrían mantener la prestación, aun cuando intenten subsistir trabajando en el extranjero. No es, desde luego, muy coherente, reservar una prestación no contributiva, a quienes estén trabajando. De otro lado, no hay total coincidencia entre el supuesto de separación temporal por motivos de trabajo, donde, por ejemplo, entraría el supuesto de beneficiario que no tiene trabajo y se desplaza para obtenerlo, y el cumplimiento de la exigencia de residencia si hay traslado del trabajador por decisión empresarial, supuesto que sólo es posible cuando el beneficiario ya tiene trabajo y a continuación se le traslada; pero no cuando el beneficiario carece del mismo y se traslada para encontrarlo.

De otro lado, también desde el punto de vista de la exigencia de residencia en España, debemos tener en cuenta que el art. 10.1 b) RD 1335/2005, al establecer este requisito para los causantes, señala que, para aquellos casos de traslado de los beneficiarios al extranjero por parte de su empresa, se entenderá cumplido el requisito de residencia si el hijo debe acompañar en el desplazamiento al beneficiario.

La residencia en España, que debe ser entendida como residencia legal (o más ampliamente, ha de entenderse cumplido el requisito de residencia siempre que se disfrute de una autorización que le permita permanecer en el territorio nacional de manera legal, aun cuando no sea técnicamente un supuesto de “residencia”<sup>61</sup>), es uno de los requisitos habituales en las prestaciones no contributivas, naturaleza de la que goza la prestación por hijo a cargo; por lo tanto no es una exigencia anómala dentro de la regulación de estas prestaciones, salvo por el hecho de que recaiga también sobre el causante, lo que genera que no pueda disfrutarse la prestación si el hijo a cargo permanece en el país de origen (lo cual se ha juzgado por parte de la doctrina como una situación de discriminación indirecta<sup>62</sup>). En realidad la exigencia de residencia va a afectar fundamentalmente a los extranjeros<sup>63</sup>, no siendo extraño que si bien el beneficiario resida en España, sin embargo, no

<sup>61</sup> Así, la STSJ de Valencia de 18 de enero de 2011, AS\2011\1499, realizando una interpretación flexible, estimó que se cumplía con el requisito de “residencia” en el caso de una ciudadana colombiana, que contaba con autorización de estancia por estudios (art. 33 LOEX) para cursar la carrera de Ingeniería de Telecomunicaciones y que dio a luz un hijo durante sus estudios, solicitando la prestación por nacimiento de hijo, dado que estaba en situación de monoparentalidad. Dicha sentencia estimaba que su situación era regular, con independencia de que la permanencia en el país se desarrollase en base a una autorización de “estancia” y no de “residencia”. De igual manera, la STSJ del País Vasco de 11 de noviembre de 2010, AS\2011\1264; que estimó cumplida la exigencia de residencia de una ciudadana extranjera residente en España, casa con español, que había dejado caducar la tarjeta de residencia, considerando que dicha situación sólo merecía la sanción administrativa o pecuniaria por no tener la documentación de identidad en perfecta situación. También la STSJ de Murcia de 15 de octubre de 2001, AS\2001\3752, que consideró cumplida la exigencia de residencia, pues si bien no tenía reconocida la residencia legal, se le permitía la estancia en territorio español al haber solicitado la residencia por reagrupación familiar, habiéndola obtenido posteriormente.

<sup>62</sup> PÉREZ-BENEYTO ABAD, J.J.: Op. cit., página 6; SANCHEZ-RODAS NAVARRO, C.: *Las prestaciones familiares de Seguridad Social en el ordenamiento jurídico español y comunitario*, Ediciones Laborum, Murcia 2005, página 51.

<sup>63</sup> Si bien es una exigencia, la residencia, polémica, pues penaliza fundamentalmente a los inmigrantes, lo cierto es que nuestra jurisprudencia la admite como una exigencia absolutamente lícita y no contraria al principio de igualdad y no discriminación. Así, respecto del “cheque bebe” (Ley 35/2007, de 15 de noviembre), se ha estimado su licitud como

(...)

tengan residencia en nuestro país los hijos a cargo, que continúen en el país de origen. En este caso es evidente que ha de negarse el derecho a la prestación, por incumplir los causantes una de las exigencias fundamentales<sup>64</sup>.

No obstante lo anterior, hemos de tener en cuenta que ha de diferenciarse entre extranjeros comunitarios y extracomunitarios. Los comunitarios (así como ciudadanos del EEE), en base al criterio de igualdad de trato y la libertad de circulación, tienen derecho a la prestación aun cuando el causante resida fuera de España, pero lo haga en un estado de la UE, pues la exigencia de residencia en España sería un requisito inaceptable por discriminatorio (que sólo sería admisible en las prestaciones económicas especiales no contributivas)<sup>65</sup>; otra cuestión es qué estado debe abonar la prestación. También podría generarse el derecho cuando se trata de beneficiarios, extranjeros extracomunitarios, residentes en España, pero causantes residiendo en otro país de la UE. Podría generarse el derecho en caso de beneficiarios extracomunitarios residentes en España, con hijos residentes en país de origen con convenio de asociación con la UE en el que se contemple el derecho a prestaciones por hijo a cargo<sup>66</sup>. De otro lado, algún sector doctrinal ha planteado que, si bien la exigencia de residencia impide, en su caso, el reconocimiento de la prestación cuando el hijo vive en el extranjero; en base al Convenio nº 157 OIT podría defenderse la exportabilidad de la prestación una vez concedida, cuando el beneficiario cambia de país de residencia<sup>67</sup>. En todo caso, el Convenio nº 157 OIT, cuyo art. 1 establece que ha de entenderse que cuando el ordenamiento reconozca como miembro de la familia a aquellos “que vivan bajo el mismo techo que el interesado, se reputará cumplido este requisito cuando las personas de que se trate estén principalmente a cargo del interesado” (es decir, una interpretación de la convivencia en clave de dependencia económica), no es obstáculo para la exigencia del requisito de residencia, pues, tal como acabamos de ver, dicha literalidad se refiere a la convivencia, no a la residencia<sup>68</sup>.

Debe tenerse en cuenta que tanto para españoles como para extranjeros se estima que la residencia en España no se interrumpe cuando se producen ausencias del territorio nacional, pero siempre y cuando sean inferiores a 90 días a lo largo del año natural, o por motivos de enfermedad, tal como señala el art. 28.4 del RD 1335/2005<sup>69</sup>.

### 3. DEPENDENCIA ECONÓMICA

#### A) La exigencia de dependencia económica

La regulación legal no establece de manera expresa la necesidad de que haya una situación de dependencia económica del causante respecto del beneficiario. En puridad, dicha dependencia económica simplemente se deduce de lo establecido por los arts. 351 y 352 LGSS: de un lado el art. 352.1 b) LGSS establece que será beneficiario quien “Tenga a su cargo” hijos o menores acogidos o en régimen de guarda adoptiva. La interpretación tradicional de esta cuestión es que el hijo debe convivir a expensas del beneficiario (recuérdese el art. 2.1 del RD 356/1991).

De otro lado, como excepción a la situación de dependencia respecto del beneficiario, el art. 351 a) LGSS afirma en su segundo párrafo, que no se pierde la condición de hijo o menor a cargo

norma dirigida a facilitar el incremento de la natalidad: SSTSJ de Cataluña de 15 de marzo de 2013, JUR\2013\193600; Aragón de 16 de octubre de 2013, AS\2014\122; Andalucía de 14 de julio de 2011, AS\2011\887.

<sup>64</sup> ROALES PANIAGUA, E.: Op. cit., página 17.

<sup>65</sup> PEREZ-BENEYTO ABAD, J.J.: Op. cit., página 9. En la misma dirección TREJO CHACON, M.F.: Op. cit., página 19

<sup>66</sup> Sobre estas posibilidades, vid. BALLESTER PASTOR, A.: “Prestaciones familiares económicas por hijos a cargo. Extranjeros migrantes y residencia efectiva en España y en Europa: estudio sobre un conflicto normativo pendiente”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* nº 32 (2012), páginas 4y 5. Vid. la STSJ de Cataluña de 15 de octubre de 1999, AS\1999\4533.

<sup>67</sup> JURADO SEGOVIA, A.: Op. cit., página 12; PEREZ-BENEYTO ABAD, J.J.: Op. cit., página 7.

<sup>68</sup> STSJ de Aragón de 31 de enero de 2006, AS\2006\990.

<sup>69</sup> Vid. PANIZO ROBLES, J.A.: “La nueva reordenación (...) (primera parte)”, op. cit., páginas 25 y 26; RODRIGUEZ ESCANCIANO, S y ALVAREZ CUESTA, H.: Op. cit., página 89.

“por el hecho de realizar un trabajo lucrativo por cuenta propia o ajena”, siempre que continúe viviendo con el beneficiario y que los ingresos no superen el 100 % del SMI, porcentaje idéntico al establecido para la pensión de orfandad<sup>70</sup>. Se trata de una manera anómala de incorporar este requisito de dependencia económica, pues lejos de plantearlo de manera expresa, el legislador se limita a señalar de manera indirecta.

Mucho más claro resulta el art. 9.1 del RD 1335/2005, que establece como concepto de hijo o menor a cargo, aquel que conviva “y dependa económicamente del beneficiario”. De otro lado, el art. 9.2 afirma que “salvo prueba en contrario”, existe dependencia económica, “cuando el hijo o menor acogido conviva con el beneficiario”; estableciendo así una presunción de dependencia por la mera convivencia, si bien se admite prueba en contrario. Por su parte, el art. 9.3 reitera la regla por la que se mantiene la condición de hijo a cargo, aun cuando el causante realice un trabajo lucrativo, por cuenta propia o ajena<sup>71</sup>.

Al fijar este límite el legislador parece plantear que cuando se superan tales ingresos no se considera que el hijo esté a cargo por tener recursos suficientes para poder mantenerse, denegándose la prestación; mientras que cuando no se alcanza ese porcentaje, no tiene asegurado el mínimo vital, por lo que vive a expensas del progenitor o acogedor<sup>72</sup>. Por lo tanto, lo que hace el legislador no es establecer una regla de compatibilidad de la prestación con la percepción de ciertas rentas económicas por parte del causante, sino que está delimitando que ha de entenderse por dependencia económica: esta existe, siempre y cuando las rentas derivadas del trabajo lucrativo no superen dicha cuantía<sup>73</sup>.

También incide en la consideración de dependencia económica, la situación regulada por el art. 9.4 RD 1335/2005, pues se establece que no va a considerarse como hijo a cargo cuando el causante sea receptor de una pensión contributiva, a cargo de un régimen público de protección social, distinta de la pensión de orfandad o de pensión en favor de familiares.

En conclusión, se establece de manera expresa la necesidad de dependencia económica del causante respecto del beneficiario, exigencia que, a mi juicio, es el verdadero eje sobre el que gira la prestación por hijo a cargo, puse tal como hemos señalado con anterioridad, estamos ante una prestación que pretende hacer frente a aquellos supuestos en los que hay un incremento de gastos en el seno de la familia, como consecuencia de la aparición de una carga familiar. Dicha carga se expresa en términos económicos y se sustancia en el hecho de que el hijo dependa económicamente de la familia<sup>74</sup>.

## B) La simplificación del requisito de dependencia económica: las presunciones

El legislador ha simplificado absolutamente esta exigencia, tanto a favor como en contra de su existencia; lo cual genera que, en la práctica, la existencia o no de dependencia económica no es discutible y no genera conflictos jurídicos ni actividades de carácter probatorio.

De un lado, va a considerarse que hay dependencia económica por el hecho de que exista convivencia del hijo o menor acogido con el beneficiario. Tal como expresamente señala el art. 9.2 del RD, existe dependencia económica, “cuando el hijo o menor acogido conviva con el beneficiario”. Con ello la dependencia económica se relativiza, pues va a presumirse, en todo caso, por el mero hecho de la convivencia<sup>75</sup>. A mi modo de ver, el hecho de que se presuma la

<sup>70</sup> Vid. STSJ de Murcia de 9 de julio de 2002, JUR\2002\227397.

<sup>71</sup> Téngase en cuenta que en realidad este precepto se refiere al 75 % del SMI, pero, evidentemente, la norma reglamentaria ha de entenderse modificada por la posterior regulación legal que establece el porcentaje del 100 %.

<sup>72</sup> SSTs de 26 de enero de 2005, RJ\2005\2755; 19 de noviembre de 2003, RJ\2004\505. En similar dirección las STSJ de Andalucía de 2 de febrero de 2012, AS\2012\1807; Valencia de 5 de julio de 2001, AS\2002\1538; Aragón de 2 de abril de 2001, JUR\2001\171371.

<sup>73</sup> STSJ de Andalucía de 2 de febrero de 2012, AS\2012\1807.

<sup>74</sup> En similar dirección BUENAGA CEBALLOS, O.: Op. cit., página 257.

<sup>75</sup> ARENAS VIRUEZ, M.: Op. cit., página 60; BARRIOS BAUDOR, G.L. y BLAZQUEZ AGUDO, E.M.: Op. cit., página 78.

dependencia económica en base a la convivencia, refuerza la exigencia de convivencia en sentido estricto. La presunción es de la dependencia económica por el dato fáctico de la convivencia; y no al contrario: la norma legal no presume la convivencia por el hecho de que exista dependencia económica (entre otras cosas, pues ni tan siquiera se prevé normativamente la prueba de dicha dependencia). Todo ello redundando sobre que realmente se esté exigiendo la verdadera y real convivencia entre causante y beneficiario.

Hemos de advertir que la presunción admite prueba en contrario, por lo que estamos ante una presunción “*iuris tantum*”<sup>76</sup>. Entendemos que el sujeto concernido por esta posibilidad de prueba en contrario será la propia Seguridad Social<sup>77</sup>.

También existe la presunción contraria: la inexistencia de dependencia económica por el hecho de que el hijo alcance la mayoría de edad. El art. 351 a) señala que la asignación económica se abonará “por cada hijo menor de dieciocho años”, lo que supone el fin de la prestación cuando se alcanza esa edad. En la práctica, se está presumiendo que por el hecho de alcanzar la mayoría de edad, desaparece la carga económica que suponían el hijo o el menor acogido y que este ya no dependerá del beneficiario. Con anterioridad nos hemos referido a esta cuestión y hemos criticado este planteamiento. En todo caso, debemos insistir que superados los dieciocho años, aun cuando pudiera demostrarse que existe dependencia económica respecto de los progenitores o acogientes, no cabe la posibilidad de acceder o mantener la prestación. Estamos ante una presunción “*iuris et de iure*”. Como ya hemos tenido ocasión de señalar, la única excepción es la relativa a los discapacitados que alcancen al menos el 65 % de discapacidad.

### C) Una flexible interpretación de la dependencia económica: la posibilidad de que el causante tenga ingresos económicos

A tenor del art. 351 a) LGSS el causante no pierde la condición de hijo o menor a cargo cuando realiza un trabajo lucrativo por cuenta propia o ajena, siempre que continúe conviviendo con el beneficiario y que los ingresos anuales del causante en concepto de rendimientos del trabajo no superen el 100 % del SMI en cómputo anual. En idéntico sentido se manifiesta el art. 9.3 RD 1335/2005. A tenor de estas reglas se mantiene la condición de hijo a cargo, y la prestación, pese a que en puridad puede ser difícil estimar que el hijo suponga en estos casos una verdadera carga para la familia, especialmente cuando lucra unas rentas equivalentes al SMI.

En estos casos estemos ante una prestación que se otorga ante la existencia de una carga familiar, sin embargo lejos de suponer una carga para la familia, el hijo en estos casos puede ser uno de los pilares económicos de la familia; no olvidemos al respecto la existencia del límite de renta para el beneficiario.

Para darnos cuenta de lo que realmente supone admitir que se sigue manteniendo la condición de hijo a cargo cuando se perciben ingresos derivados del trabajo que sean iguales o inferiores al SMI anual, baste señalar la comparativa con las propias exigencias para ser beneficiario de esta prestación. El art. 351 a) fija el tope de ingresos del causante en la cuantía del SMI en cómputo anual; siendo esta cuantía para el año 2018 de 10.302,60 euros. Ahora bien, para ser beneficiario, resulta que se establece como requisito, estar en situación de necesidad, lo cual se plasma en la exigencia de un tope máximo de ingresos al beneficiario, concretamente es de 11.953,94 euros como importe básico (siendo superior en el supuesto de familias numerosas. Ello supone que el menor causante de la prestación familiar puede aportar a la familia una rentas casi equivalentes al 50 % de las familiares (del total de rentas que perciba la familia y no sólo el beneficiario), y se le va a seguir considerando una carga económica para la familia. Evidentemente nos hemos ido al supuesto en el que la diferencia es más clara, pues es perfectamente posible que el menor, aun desarrollando prestación de servicios, obtenga unos recursos limitados que no se acerquen en

<sup>76</sup> MORENO DEVEGA y LOMO, F.: Op. cit., página 44; ROALES PANIAGUA, E.: Op. cit., página 19.

<sup>77</sup> En este mismo sentido JURADO SEGOVIA, A.: Op. cit., página 15.

modo alguno al 100 % del SMI. Desde mi punto de vista esta anomalía es consecuencia de la exigencia de un umbral de renta tan reducido.

Estimo que en los casos en que los hijos o menores a cargo sean capaces de lucrar unos ingresos cercanos o parejos al SMI, lejos de estar en una prestación familiar consecuencia de una carga económica, estamos ante una prestación dirigida a la familia en su conjunto y con independencia de que el menor sea realmente una carga; una prestación para familias con limitados recursos económicos. Desde este punto de vista sería mucho más adecuado computar las rentas familiares para determinar si se supera o no el límite de renta, con independencia de que los hijos o menores a cargo desarrollen prestación de trabajo o no.

Es relevante que el legislador sólo tiene en cuenta los ingresos del hijo o acogido derivados del trabajo, no otros posibles ingresos o rentas que pudiese tener. Evidentemente, al no tenerse en cuenta estos otros posibles ingresos, podría producirse una situación en la que existiendo tales ingresos, no exista en modo alguno una verdadera situación de dependencia económica<sup>78</sup>. En todo caso, a tenor de este planteamiento resulta peor tratado el hijo que trabaja y tiene ingresos superiores al SMI, que el hijo que no trabaja y tiene otro tipo de rentas, también superiores al SMI, privilegiando así a las rentas de capital sobre las rentas del trabajo<sup>79</sup>.

El único supuesto en el que se tendrán en cuenta todas las rentas del menor es en los casos en que el menor sin discapacidad sea el beneficiario de la prestación, además de causante (huérfanos absolutos o abandonados), y se tienen en cuenta exclusivamente a los efectos de determinar si sus rentas superan o no el límite de ingresos del art. 352.1 c) LGSS (art. 352.2 *in fine* LGSS). En este caso se tiene en cuenta, incluso la cuantía que pueda percibir como pensión de orfandad; si bien debemos recordar que a los efectos de la consideración como causante, el art. 9.4 del RD 1335/2005, considera compatible la percepción de la pensión de orfandad con la condición de hijo a cargo.

La concreción de este límite es interesante si lo conectamos con otros preceptos en materia de prestación por cargas familiares: a tenor del art. 351 a) LGSS, puede ser causante de la prestación el discapacitado mayor de edad con discapacidad mínima del 65 %; además, el art. 352.c) LGSS establece que estos mismos discapacitados podrán ser causante-beneficiarios. De otro lado, no se pierde la condición de hijo a cargo cuando el causante percibe ingresos que no superen el 100 % del SMI (art. 351 a) LGSS en su segundo párrafo); finalizando el art. 352.2 LGSS que en caso de “hijos o menores a cargo con discapacidad, no se exigirá límite de recursos económicos a efectos del reconocimiento de la condición de beneficiario”. Se plantea así la siguiente cuestión: ¿puede negarse una prestación por hijo a cargo discapacitado en grado mínimo del 65 % cuando el hijo tiene recursos económicos derivados del trabajo lucrativo superiores al SMI? Ciertamente en este conjunto normativo se hace referencia a dos exigencias diferentes: en primer lugar, para ser causante, de manera que no se pierde la condición de hijo a cargo (causante) si el hijo tiene unos ingresos lucrativos por cuantía igual o inferior al 100 % del SMI. De otro lado, para ser beneficiario, no se tiene en cuenta el límite de recursos económicos del art. 352.1 c) LGSS si se trata de un hijo o menor a cargo con discapacidad. De entrada, y en referencia al segundo requisito, pese a la literalidad del precepto “hijo o menores a cargo con discapacidad”, ha de entenderse que se incluye en el precepto también a los mayores de edad con discapacidad igual o superior al 65 %, pues ha de imponerse una interpretación sistemática. De otro lado, una interpretación por la que se tuviesen en cuenta los ingresos para estimar que estamos ante un hijo a cargo, pero no se tengan en cuenta para ser beneficiario, nos conduce a situaciones que entiendo no desea el legislador, me refiero al hecho de que un discapacitado mayor de 18 años, tenga rentas

<sup>78</sup> En este mismo sentido ARENAS VIRUEZ, M.: Op. cit., página 60; ROALES PANIAGUA, E.: Op. cit., página 20; RODRIGUEZ ESCANCIANO, S.: Op. cit., página 91.

<sup>79</sup> Así, BARRIOS BAUDOR, G.L. y BLAZQUEZ AGUDO, E.M.: Op. cit., página 79; JURADO SEGOVIA, A.: Op. cit., página 16. Otro ejemplo podemos encontrarlo cuando el hijo percibe una beca, que puede superar el 100 % del SMI (una beca de investigación), pero que no es una renta derivada del trabajo lucrativo, tal como ocurre con la Sentencia del Juzgado de lo Social nº 4 de Pamplona de 9 de marzo de 2012, AS\2012\1671.

derivadas del trabajo por encima del SMI 12.000 euros para el año 2018, que también superan el límite de renta de los 11.953,94 euros en el mismo año: resulta que este hijo a cargo, no sería causante (supera el 100 % del SMI), pero sí puede ser beneficiario por ser discapacitado y no tenerse en cuenta tales ingresos a los efectos del límite de renta ex art. 352.3 LGSS. Creo que una interpretación sistemática debe conducirnos a considerar que si los padres, o el propio discapacitado, pudieran ser beneficiarios por no tenerse en cuenta el límite de ingresos, no debería tenerse en cuenta que se obtengan rentas por encima del SMI, pues en los casos del art. 352.2 LGSS no se exige convivencia. La limitación de ingresos por rendimientos del trabajo del art. 351 a) LGSS se aplica a los hijos menores de 18 años no discapacitados o con discapacidad inferior al 65 %; dicho de otra manera, que en el caso de discapacitados en dicho grado, mayores de edad (sean o no huérfanos absolutos), que son beneficiarios-causantes de la prestación, no se les puede exigir como requisito para lucrar la prestación que no superen el porcentaje de ingresos (100 % del SMI) establecido por el legislador para los causantes<sup>80</sup>.

Como vemos, el art. 9.4 del RD 1335/2005 establece que va a considerarse que el hijo o menor acogido no está a cargo cuando sea receptor de una pensión contributiva pública, distinta de las pensiones de orfandad o de la pensión en favor de familiares (nietos o hermanos). Obsérvese que de la literalidad de este precepto se deducen dos situaciones totalmente diferentes. En primer lugar, se afirma que la prestación por hijo a cargo es compatible con ciertas prestaciones de muerte y supervivencia: la orfandad y las prestaciones en favor de familiares<sup>81</sup>. El supuesto fundamental de compatibilidad es el percibo de la prestación de orfandad por fallecimiento del progenitor; obsérvese en estos casos lo anómalo que resultará que la prestación por hijo a cargo se extinga por el cumplimiento de los 18 años, mientras que la prestación de orfandad podrá mantenerse hasta los 25 años. De otro lado, en el caso de las prestaciones en favor de familiares, dado que uno de los requisitos para acceder a la misma es tener 45 años (art. 226 LGSS), prácticamente la única posibilidad de compatibilizar ambas prestaciones es en los casos de discapacitados en un grado del 65 % o más de discapacidad.

En segundo lugar, lo que afirma el art. 9.4 RD 1335/2005 es que no se entenderá como hijo a cargo (no se generará, por tanto, la prestación) cuando éste perciba cualquier otra pensión contributiva de carácter público que no sea la de orfandad o prestación en favor de familiares antes señalada. Ello no supone una mera incompatibilidad de la prestación familiar con el percibo de esas otras prestaciones de Seguridad Social, sino que estamos ante un requisito de acceso a la prestación, al no poder considerarse en estos casos como hijo a cargo al causante. Es necesario resaltar que para determinar esta incompatibilidad no es necesario tener en cuenta la cuantía de esa otra prestación del sistema público de Seguridad Social. Estimo que en estos casos se está refiriendo el legislador fundamentalmente a las pensiones de incapacidad permanente como prestación que determina la extinción de las prestaciones familiares por hijo a cargo<sup>82</sup>. Debe tenerse en cuenta que, desde mi punto de vista, esta exigencia se hace recaer sobre el causante, no sobre el beneficiario; es decir, quien no debe ser titular de otra pensión contributiva, es el hijo a cargo causante, no el beneficiario: el precepto regula la delimitación del hijo a cargo, y no la condición de beneficiario. Además, la literalidad del precepto, aunque es dudosa y poco concluyente, anima a esta interpretación: “Se considera que el hijo o el menor acogido no está a cargo del beneficiario cuando sea receptor de una pensión contributiva (...)”. Si el legislador se

<sup>80</sup> En este sentido la STS de 23 de noviembre de 2016, RJ\2016\6090. De igual manera la STSJ de Andalucía de 10 de julio de 2014, JUR\2014\238859; en similar sentido la STSJ de Castilla y León de 9 de julio de 2009, AS\2009\2341. En otros casos se opta por considerar que los ingresos no se acreditan, o que el trabajo tiene un fin exclusivo de integración social aun cuando se haya producido el alta en la Seguridad Social; así la STSJ de Castilla-La Mancha de 7 de septiembre de 2005, AS\2005\3153.

<sup>81</sup> STSJ de Andalucía de 15 de octubre de 2002, JUR\2003\11119.

<sup>82</sup> ARENAS VIRUEZ, M.: Op. cit., página 61. Una interpretación mucho más amplia puede encontrarse en BARRIOS BAUDOR, G.L. y BLAZQUEZ AGUDO, E.M.: Op. cit., páginas 81 y 82.



estuviese refiriendo al beneficiario debería haber incluido en la norma un pronombre demostrativo “este” para indicar que se trata del beneficiario<sup>83</sup>.

Desde la perspectiva de la compatibilidad de las prestaciones, debemos recordar que el actual art. 225.2 LGSS establece la incompatibilidad de la pensión de orfandad de huérfanos incapacitados para el trabajo, cuando perciban otra pensión de Seguridad Social en razón de la misma incapacidad. Téngase en cuenta que para nada interfiere en esta situación la prestación por hijo a cargo, pues dicha prestación no es una pensión<sup>84</sup>.

Adviértase que la norma prevé la no consideración de hijo a cargo cuando se perciba otra prestación contributiva, lo que, a *contrario sensu*, permite que exista la consideración de hijo a cargo si se percibe una prestación no contributiva<sup>85</sup>. No obstante, debe tenerse en cuenta que el art. 30 RD 1335/2005 considera incompatible las prestaciones familiares por hijo minusválido mayor de 18 años con la condición del hijo a cargo de pensionista de invalidez o jubilación no contributiva; al tratarse de prestaciones incompatibles, el beneficiario podrá optar entre una u otra prestación<sup>86</sup>.

A tenor del régimen jurídico de este requisito de dependencia económica, resalta que en puridad, no se requiere que haya una verdadera dependencia, probada y demostrada, sino que esta se presume, teniendo más relevancia la convivencia para estimar la dependencia, que haya una verdadera situación de dependencia económica; más aún, incluso se permite la prestación en situaciones en las que el propio causante es elemento económico fundamental en la familia.

#### 4. INEXISTENCIA DE FAMILIA Y CONSIDERACIÓN DE “CARGA FAMILIAR”

Tal como hemos venido señalando, la prestación familiar se configura como una prestación económica dirigida a facilitar un incremento de la renta familiar por el surgimiento de una carga en el seno de la familia, carga que se objetiva por la existencia de un hijo o de un menor acogido. Aparentemente ello configura una prestación que actúa en el seno de una familia; que tal como señalamos anteriormente se configura como un conjunto de personas unidas por vínculos de carácter familiar. Sin embargo, nuestro ordenamiento admite la posibilidad de que se genere el derecho a una prestación por hijo a cargo en aquellos casos en los que no existe familia; más aún, incluso cuando no hay vinculación de parentesco, pues, justamente, faltan los parientes, configurándose el beneficiario como único integrante de la “familia”.

Los supuestos se contemplan por el art. 352.2 LGSS (y el art. 10.3 del RD 1335/2005), es decir, en sede normativa de regulación de los beneficiarios. Concretamente se trata de dos situaciones: de una lado los huérfanos absolutos (de padre y madre), menores de edad o bien mayores pero discapacitados en un grado igual o similar al 65 % (obsérvese que en este caso no se plantea que tengan capacidad de obrar los discapacitados mayores de 18 años, por lo que es posible que la prestación sea solicitada en beneficio o interés del discapacitado por un tercero<sup>87</sup>). De otro lado, aquellos que no siendo huérfanos, hayan sido abandonados por sus padres, siempre que no estén en régimen de acogimiento familiar permanente o guarda con fines de adopción. Estimamos que esta referencia al abandono por parte de los padres debe, necesariamente, conectarse con la figura del desamparo, recogida en el art. 172.1 en su segundo párrafo, del Código Civil (“Se considera como situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos

<sup>83</sup> Sobre la cuestión vid. la STSJ de Galicia de 22 de septiembre de 2015, JUR\2015\243489 deniega la prestación por ser el beneficiario titular de una previa pensión en favor de familiares, si bien en este caso se trata de un supuesto de causante-beneficiario por ser huérfano absoluto.

<sup>84</sup> STSJ de Murcia de 15 de julio de 1999, AS\1999\2667, dictada en aplicación del art. 179.3 de la LGSS de 1994, de idéntico significado al precepto señalado en texto.

<sup>85</sup> La doctrina ha estimado en estos casos de aplicación el mismo límite cuantitativo del 100 % del SMI existente para el caso de percepción de rentas derivadas del trabajo; así JURADO SEGOVIA, A.: Op. cit., página 16; ROALES PANIAGUA, E.: Op. cit., página 20.

<sup>86</sup> Ya lo advertía GARATE CASTRO, J.: Op. cit., página 112.

<sup>87</sup> Este fue el caso de la STSJ de Cataluña de 20 de noviembre de 2001, AS\2002\140, en el que la solicitud la realizó la hermana que ostentaba la condición de tutora.

por las leyes para la guarda de los menores, cuando éstos queden privados de la necesaria asistencia moral o material”<sup>88</sup>.

En ambos casos la lógica es la misma: no hacer de inferior derecho a menores de edad (o mayores discapacitados)<sup>89</sup> que se encuentran, incluso, en peor condición por su orfandad absoluta o su abandono, que aquellos hijos integrados en un núcleo familiar. Si bien la prestación se plantea como una respuesta a la carga familiar, beneficiando al progenitor o acogedor; lo cierto es que debemos reconocer que el causante también se beneficia de la prestación. Si ello es así, no vemos razón alguna para negar dicho beneficio a aquel menor que se encuentra en situación de abandono u orfandad absoluta. No obstante, ha de reconocerse que en estos casos la prestación se configura realmente como un derecho individual del menor<sup>90</sup>.

¿Deben cumplir tales menores o discapacitados mayores de edad los requisitos del apartado primero del art. 352 LGSS para ser beneficiarios? La norma que contempla de manera expresa esta cuestión señala que “Cuando se trate de menores sin discapacidad, será requisito indispensable que sus ingresos anuales, incluida, en su caso, la pensión de orfandad, no superen el límite establecido en el apartado 1.c” (en idéntico sentido el art. 10.3 RD 1335/2005, si bien puntualizando que debe computarse no sólo la pensión de orfandad, sino también la pensión en favor de familiares). Es evidente que a tenor de esta literalidad, a estos menores se les va a exigir el cumplimiento del límite de renta (situación de necesidad) para poder ser beneficiarios de la prestación. No ocurre lo mismo cuando estemos ante discapacitados, sean menores o mayores de edad.

Debe tenerse en cuenta que tal como hemos señalado, con carácter general el art. 9.4 RD 1335/2005 señalaba que no se consideraba hijo a cargo el causante que tenía derecho a una pensión contributiva, excepto si era de orfandad o pensión en favor de familiares de nietos o hermanos. Sin embargo, en estos casos de huérfanos absolutos o hijos abandonados, a la hora de cumplir los requisitos como beneficiarios (no como causantes), si se tienen en cuenta las pensiones de orfandad (art. 353.2 c LGSS) e incluso la pensión en favor de familiares (art. 10.3 RD 1335/2005) a los efectos de determinar si se supera o no el límite de renta fijado por el art. 352.1 c) LGSS; lo que puede dificultar el acceso de estos sujetos a la prestación<sup>91</sup>.

De otro lado, también se señala por el mismo art. 352.2 LGSS que estos sujetos podrán ser beneficiarios de la prestación que “en su caso y en razón de ellos, hubiera correspondido a sus padres” (de similar tenor el art. 10.3 RD 1335/2005). Con esta literalidad se plantea que los huérfanos y abandonados accederán a la prestación en sustitución de sus progenitores, de donde se deduce que también se les ha de extender los mismos requisitos para ser beneficiarios. Ahora bien, ello ha de entenderse en la concreta situación de estos beneficiarios: se les exigirá el cumplimiento de la no percepción de rentas por encima de la cuantía especificada por el art. 352.1 c) LGSS, se les exigirá la residencia en España; pero no así la exigencia de residencia en España de los progenitores, pues el causante es al mismo tiempo beneficiario sin que puedan disociarse ambas posiciones; además, es evidente la imposibilidad de cumplimiento de esta exigencia tanto en el caso de huérfanos totales, como en el caso de abandono.

El principal problema que se plantea en estos supuestos al regularse que los hijos son beneficiarios de la prestación que “hubiera correspondido a sus padres”, hace referencia al caso de los huérfanos absolutos, que, a su vez sean mayores de 18 años y tengan una discapacidad igual o superior al 65 %, supuesto que surge de la interpretación conjunta del art. 352.2 letras a) y c) LGSS; discutiéndose si la dicción entrecuadrada implicaba la necesidad de que la minusvalía fuese anterior al fallecimiento de los padres, pudiendo haber sido estos beneficiarios de la prestación. El Tribunal Supremo estima que de la interpretación literal de los preceptos señalados no se deduce que sea preciso que la minusvalía exista en vida de los progenitores. Dicha interpretación,

<sup>88</sup> En este sentido la Sentencia del Juzgado de lo Social de Sevilla de 24 de febrero de 2003, AS\2003\2207.

<sup>89</sup> En este sentido BARRIOS BAUDOR, G.L. y BLAZQUEZ AGUDO, E.M.: Op. cit., página 54.

<sup>90</sup> ROALES PANIAGUA, E.: Op. cit., página 22.

<sup>91</sup> En este sentido VALDEOLIVAS GARCIA, Y.: “Las prestaciones familiares a la luz de las políticas de apoyo a la familia y de conciliación de la vida laboral y familiar”, *Temas Laborales* n° 84 (2006), página 72.

alcanzada en base a la literalidad del precepto, se apoya también en una interpretación histórico y sociológica, pues la aparición de las prestaciones no contributivas responde a la tendencia de ampliar la cobertura del sistema, por lo que ha de realizarse una interpretación flexible de la cuestión<sup>92</sup>.

Desde mi punto de vista habría que estimar que no podría reconocerse la prestación si los progenitores fallecen una vez que ya se ha producido la ruptura definitiva de la convivencia<sup>93</sup>. Tampoco podría ser causante cuando presta trabajo y tiene rentas derivadas del trabajo por cuantía superior al 100 % del SMI; ahora bien, si tras el fallecimiento de los progenitores, y antes de alcanzar la mayoría de edad, el menor viene a peor fortuna, reduciendo sus ingresos por debajo de la citada cuantía, tendría, a mi juicio, derecho a la prestación.

---

<sup>92</sup> En este sentido las SSTs de 4 de octubre de 2006, RJ\2006\8162; 4 de julio de 2007, RJ\2008\104 y 27 de noviembre de 2007, RJ\2008\1971. En la misma dirección la jurisprudencia menor de los Tribunales Superiores de Justicia: STSJ de Andalucía de 18 de febrero de 2010, JUR\2013\234124; Canarias de 10 de marzo de 2010, JUR\2011\12901; Cantabria de 18 de junio de 2008, AS\2008\2244; Galicia de 23 de abril de 2008, AS\2008\1718; Cataluña de 3 de mayo de 2005, AS\2005\1622; Aragón de 8 de mayo de 2002, AS\2002\1861; Galicia de 22 de diciembre de 2000, AS\2000\3949. Más complejo es el supuesto de la STSJ de Galicia de 12 de junio de 2015, JUR\2015\161745, donde el supuesto de hecho es el de una hija, que tras separarse matrimonialmente pasa a convivir con sus padres, produciéndose la declaración de discapacidad superior al 80 % una vez que recupera la convivencia con sus padres, que fallecen con posterioridad, solicitando a continuación la prestación por hijo a cargo huérfano absoluto y discapacitado, dictándose posteriormente a esta solicitud la sentencia de divorcio. En este supuesto, se reitera la doctrina antes citada y se señala que el hecho material del divorcio con posterioridad a la solicitud de la prestación no impide acceder a la misma.

<sup>93</sup> Sería el caso de la STSJ de Valencia de 18 de junio de 2001, AS\2001\3180, en el que se resuelve contra la concesión de la prestación, al tratarse de hija discapacitada por encima del 65 %, mayor de edad, pero casada con otro discapacitado, funcionario (lógicamente con retribución), habiéndose producido el matrimonio con anterioridad al fallecimiento de sus dos progenitores.



## CAPÍTULO III. LA PROTECCIÓN COMPLEMENTARIA PÚBLICA A LA FAMILIA

JUAN BAUTISTA VIVERO SERRANO

*Profesor Titular (s.e) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de Salamanca  
Letrado del Tribunal Supremo*

### I. A MODO DE INTRODUCCIÓN: LA DIFÍCIL DELIMITACIÓN DE LA PROTECCIÓN COMPLEMENTARIA PÚBLICA A LA FAMILIA

Los trabajos por encargo como este, aprovechando la ocasión para mostrar toda la gratitud posible al profesor José Luis Monereo Pérez en su calidad de presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social por haber confiado en mí, tienen ventajas e inconvenientes. Un primer inconveniente potencial podría ser la inexperiencia en la temática objeto del encargo, potencialidad hecha realidad en el presente caso. Otro inconveniente hipotético podría ser la acotación del tema objeto del encargo, en especial cuando el mismo no se refiriese a una institución claramente delimitada de antemano. De nuevo en el presente caso ese riesgo potencial aparece actualizado, dedicando precisamente este apartado a la delimitación conceptual de la temática objeto de estudio, la protección complementaria pública a la familia.

Una delimitación conceptual difícil y por ello intentada aquí solo de forma aproximativa<sup>1</sup>. En realidad, más que una verdadera delimitación conceptual de la protección complementaria pública a la familia, tarea seguramente fuera del alcance de este modesto autor, lo que se pretende en este apartado es explicar qué concretos aspectos de la protección social, económica y jurídica de la familia reconocida constitucionalmente (art. 39.1 CE) van a ser objeto de tratamiento y por qué.

A la vista del título de la ponencia, que expresamente alude a la protección pública a la familia, y a la vista de la inclusión de la ponencia en un panel que lleva por título “La protección normada a la familia por el sistema de Seguridad Social”, parece evidente que el concreto ámbito de la poliédrica protección a la familia que aquí interesa es el de la protección pública, la dispensada por los poderes públicos fundamentalmente a través de dos vías, la de la muy relevante legislación fiscal estatal y autonómica, que este autor no está en condiciones de desentrañar<sup>2</sup>, y la de la protección social a que de inmediato se hará referencia. Aunque sea de forma impropia también puede encuadrarse dentro de la protección pública a la familia la denominada política de conciliación de la vida familiar y laboral articulada mediante la legislación laboral, la legislación de la función pública, la negociación colectiva e incluso la *praxis* empresarial unilateral bajo la etiqueta de la responsabilidad social corporativo o no<sup>3</sup>. Política laboral de conciliación objeto de otras ponencias, razón por la que no será tratada en esta sede.

<sup>1</sup> Muy interesante, a este respecto, la delimitación ensayada por MONEREO PÉREZ, J. L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G.: «Las prestaciones familiares, ese “pariente pobre” de la Seguridad Social», en *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, 2016, núm. 6, pp. 13 ss. También, ALMENDROS GONZÁLEZ, M. A.: *La protección social de la familia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 97-98.

<sup>2</sup> ÁLAMO CERRILLO, R.: «Familia e IRPF», en *Quincena Fiscal*, 2016, núm. 21, pp. 23 ss., y LÓPEZ LÓPEZ, M. T.: *La protección social a la familia en España y en los demás países de la Unión Europea a través del IRPF*, Fundación BBVA, Bilbao, 2000. Imprescindible sigue resultando la lectura de la STC 214/1994.

<sup>3</sup> RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *La familia en el ámbito jurídico-laboral*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.

La protección social a la familia en sentido amplio comprende cualesquiera actuaciones de los poderes públicos dirigidas directa o indirectamente (aunque no de forma puramente marginal o de rebote) a la tutela de la institución familiar<sup>4</sup>. Buena parte de las políticas sociales características de los Estados sociales o del bienestar avanzados tienen aquí encaje, siendo especialmente visibles en el caso de las familias numerosas<sup>5</sup>. Así, además la tutela dispensada por los sistemas públicos de seguridad social y de asistencia social y servicios sociales, merecen aquí mencionarse los sistemas públicos de sanidad (asistencia socio-sanitaria, sobre todo), educación (en particular, en la etapa infantil), autonomía y atención a la dependencia (en especial, los cuidados en el entorno familiar), y, en menor medida, vivienda. Ni que decir tiene que tan amplio campo de tutelas de la institución familiar excede con creces las posibilidades de este estudio, y además hay otras ponencias sobre algunas de esas políticas sociales relacionadas *lato sensu* con la familia.

Se llega así a la que podría denominarse protección social a la familia en sentido estricto, la protagonizada por los sistemas públicos de seguridad social y de asistencia social y servicios sociales, más las ayudas, beneficios y mejoras empresariales producto de la negociación colectiva y la responsabilidad social corporativa, bajo esta etiqueta o no eso es lo de menos. Aunque estas últimas no sean realmente políticas públicas de protección a la familia, ciertamente tampoco pueden encuadrarse sin más en el campo de la protección puramente privada a la familia, circunscrito a las diversas obligaciones previstas en el Código Civil (obligaciones paterno-filiales, alimentos entre parientes, la legítima en materia de sucesiones, etc.) a cargo de los particulares integrantes de la propia familia objeto de tutela privada. No son, en consecuencia, políticas públicas, pero sí son políticas sociales, de ahí su inclusión en este trabajo.

Llegados a este punto resulta preciso introducir el otro adjetivo presente en el título de la ponencia, “complementaria”, el que realmente permite delimitar con un mínimo de seguridad el contenido de la protección pública a la familia tratado en este estudio. Pues bien, se considera aquí, sin mayor novedad dicho sea de paso<sup>6</sup>, que el núcleo de la protección social *stricto sensu* a la familia se encuentra en el sistema público de seguridad social, en las modalidades contributiva y asistencial, ya sea mediante las prestaciones que de manera directa, específica y nominativa pretenden tutelar la institución familiar, ya mediante las prestaciones que vienen a cumplir esa misma función pero de forma indirecta, inespecífica e innominada. Las primeras son las prestaciones familiares de las modalidades contributiva (arts. 235 a 237 LGSS) y asistencial (arts. 351 a 362 LGSS)<sup>7</sup>; objeto de una ponencia *ad hoc*. Y las segundas son las prestaciones por muerte y supervivencia (arts. 216 a 234 LGSS)<sup>8</sup>, así como las prestaciones por maternidad (arts. 177 a 182

<sup>4</sup> MORGADO PANADERO, P., *Políticas sociales para familias*, Comares, Granada, 2008.

Muy interesante la *Guía de ayudas sociales y servicios para las familias*, edición de 2018 a cargo del entonces Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad. Disponible en internet: <https://www.msssi.gob.es/ssi/familiasInfancia/pdf/guiaayudasfamilias.pdf>

También es muy útil el Informe de 2015 del Instituto Familiar titulado *La protección social de la familia en España*.

Asimismo, la investigación publicada en diciembre de 2008 bajo el título *Hacia un nuevo modelo de protección a las familias en España*.

Igualmente fundamental resulta el documento aprobado por el Consejo de Ministros en 2015 bajo el título *Plan integral de apoyo a la familia 2015-2017*, disponible en internet: <http://www.msssi.gob.es/novedades/docs/PIAF-2015-2017.pdf>

<sup>5</sup> Véase el capítulo V de la *Guía de ayudas sociales ...*, op. cit., pp. 40 ss.

<sup>6</sup> Se sigue aquí la delimitación efectuada, entre otros, por los autores mencionados en la nota número 1.

<sup>7</sup> Entre otros muchos, BARRIOS BAUDOR, G. L. y BLÁZQUEZ AGUDO, E. M.: *Prestaciones familiares*, Aranzadi, Navarra, 2009, SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C.: *Las prestaciones familiares de Seguridad Social en el ordenamiento jurídico español y comunitario*, Laborum, Murcia, 2005, y ARENAS VIRUEZA, M.: *Las prestaciones familiares de la Seguridad Social*, Aranzadi, Navarra, 2017.

<sup>8</sup> En el caso de la pensión de viudedad debe resaltarse la incidencia adicional que a determinados efectos tiene la familia sobre la pensión de viudedad. Así, la existencia de hijos comunes del sujeto causante y del cónyuge en el momento del fallecimiento excluye automáticamente la prestación temporal de viudedad del artículo 219.2 LGSS y permite el acceso a la pensión, de cumplirse los correspondientes requisitos del sujeto causante, claro está. También la existencia de hijos comunes facilita el acceso a la pensión de viudedad por parte del superviviente de la pareja de hecho, rebajando el requisito de tipo asistencial (art. 221.1 LGSS). Por último, las cargas familiares del beneficiario de la pensión de viudedad, junto a

(...)

LGSS), paternidad (arts. 183 a 185 LGSS), riesgo durante el embarazo (arts. 186 y 187 LGSS), riesgo durante la lactancia natural (arts. 188 y 189 LGSS) y cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave (arts. 190 a 192 LGSS)<sup>9</sup>.

Si el núcleo de la protección social *stricto sensu* a la familia lo integran las prestaciones de seguridad social apenas mencionadas, el complemento de ese núcleo, la protección social complementaria a la familia si se prefiere esta denominación, se encuentra tanto dentro del sistema público de seguridad social como fuera del mismo. Dentro del sistema de seguridad social hay que mencionar dos complementos, no por casualidad así denominados formalmente, a saber, el complemento por maternidad en las pensiones contributivas (art. 60 LGSS) y los complementos para pensiones inferiores a la mínima (art. 59 LGSS), con un importantísimo juego en los mismos de las responsabilidades familiares. Asimismo, con un alcance claramente complementario, aunque sin esta denominación formal, hay que incluir aquí el juego de las responsabilidades familiares en la protección por desempleo.

Y fuera del sistema público de seguridad social integran la protección social complementaria a la familia las heterogéneas prestaciones del sistema público de asistencia social y servicios sociales y las ayudas, beneficios y mejoras empresariales producto de la negociación colectiva y la responsabilidad social corporativa, bajo esta etiqueta formal o no.

Al estudio de todos estos ingredientes de la protección social complementaria a la familia se dedican los siguientes apartados, con especial protagonismo del complemento por maternidad en las pensiones contributivas dada su relativa novedad y su importancia cuantitativa y cualitativa.

## II. EL COMPLEMENTO POR MATERNIDAD EN LAS PENSIONES CONTRIBUTIVAS DE LA SEGURIDAD SOCIAL

El complemento por maternidad en las pensiones contributivas de la seguridad social constituye la manifestación más reciente o moderna de la que en el apartado anterior se ha denominado protección social complementaria a la familia dentro del ámbito del sistema público de seguridad social. Se trata de una novedad introducida por la Ley 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2016 (disposición final 2.1), con ubicación provisionalísima (solo un día de vigencia) en el artículo 50 bis LGSS-1994 y ubicación definitiva en el artículo 60 LGSS-2015<sup>10</sup>.

De las numerosas finalidades que justifican la protección social, económica y jurídica de la familia el complemento por maternidad persigue inequívocamente una mejora de la maltrecha demografía española y así figura expresamente en el artículo 60.1 LGSS, aunque pronto habrá ocasión de comprobar que son otras las finalidades realmente preponderantes. Se analiza a continuación el escueto régimen legal (no hay desarrollo reglamentario) del complemento, del derecho subjetivo al complemento para ser más precisos, distinguiendo a efectos puramente pedagógicos entre ámbito subjetivo, ámbito objetivo, ámbito temporal, naturaleza jurídica y, por último, una breve valoración crítica.

---

otros exigentes requisitos, podría dar lugar a la pensión de viudedad especial, la del 70 % de la base reguladora (art. 31 del Decreto 3158/1966, reformado en 2003).

<sup>9</sup> MÁS GARCÍA, E.: *Las prestaciones de seguridad social en favor de familiares*, Aranzadi, Navarra, 2016.

<sup>10</sup> Entre otros, RODRÍGUEZ CARDO, I. A.: «El nuevo complemento por maternidad en las pensiones contributivas del sistema de la Seguridad Social: puntos críticos (I) y (II)», en *Trabajo y Derecho*, 2016, núms. 16 y 17, pp. 106 y ss. y 91 ss., con tono crítico, ERRANDONEA ULAZIA, E.: «El nuevo complemento por maternidad y los efectos que repercuten sobre la cuantía de las pensiones contributivas de las mujeres», en *Revista de Derecho de la Seguridad Social. Laborum*, 2016, núm. 7, pp. 75 ss., y DE LA FLOR FERNÁNDEZ, M<sup>a</sup>. L.: «Reflexiones en torno a la pensión de jubilación desde una perspectiva de género: el nuevo complemento por maternidad», en *Revista de Derecho Social*, 2016, núm. 76, pp. 107 ss.

## 1. EL ÁMBITO SUBJETIVO DEL DERECHO AL COMPLEMENTO: PRINCIPALES PROBLEMAS APLICATIVOS

En primer lugar, el complemento por maternidad es un derecho subjetivo de las mujeres en exclusiva, sin que los varones, que como se sabe pueden bajo determinadas circunstancias acceder a la prestación económica por maternidad (no necesariamente vía cesión), sean titulares de este derecho al complemento de acuerdo con los términos literales de la ley. La titularidad exclusiva de las mujeres pone claramente de manifiesto que la finalidad legal no es solo la mejora de la demografía (la adopción por parte de varones, casi siempre internacional como en el caso de las mujeres, también supone una aportación a la demografía española), sino también, por no decir sobre todo, el fomento de la igualdad sustancial entre mujeres y hombres, procurando en la medida de lo posible el incremento de las pensiones contributivas de muchas mujeres, estadísticamente más bajas que las de los varones por múltiples factores, con especial protagonismo de la brecha salarial y su reflejo con el paso del tiempo en las pensiones contributivas, por no hablar de las mayores dificultades de acceso y continuidad en el mercado laboral ligadas a la maternidad biológica (o jurídica, en su caso). Nada que objetar estando como está por medio el principio constitucional de igualdad real o efectiva y debiendo considerarse el complemento por maternidad sin mayores problemas como una medida de acción positiva<sup>11</sup>. Otra cosa es lo que sucederá cuando algún día se reconozca jurídicamente el sexo neutro o indefinido, con infinitas consecuencias en las instituciones jurídicas, incluido desde luego el complemento por maternidad.

En segundo lugar, las mujeres titulares del derecho al complemento son las que “hayan tenido hijos biológicos o adoptados” (art. 60.1 LGSS). Esta lacónica expresión, como otras muchas empleadas por las normas jurídicas, plantea no pocos problemas aplicativos e interpretativos. Por lo pronto, quedan excluidas del ámbito subjetivo del derecho al complemento las situaciones de acogimiento familiar que para el artículo 177 LGSS permiten el devengo de la prestación económica por maternidad (y por paternidad, *ex art.* 183 LGSS). La finalidad de incremento de la demografía española seguramente justifique esta exclusión, pues en el acogimiento familiar no hay en sentido estricto incremento demográfico. Hay, desde luego, en el acogimiento familiar, sobre todo en el permanente, creación o incremento de la familia, pero ese no es el bien jurídico protegido directamente por el complemento que se viene estudiando.

En cuanto a la maternidad por sustitución o mediante vientre de alquiler, evidentemente no está contemplada en el artículo 60.1 LGSS, pero en la medida en que ha sido ya aceptada, a efectos de la prestación económica por maternidad, por la jurisprudencia del Tribunal Supremo<sup>12</sup>, no debería excluirse la misma, de manera que cuando la maternidad por sustitución tenga una mujer detrás (muchas veces suelen ser varones) la titularidad del derecho al complemento no se ponga en entredicho. Al fin y al cabo, con la maternidad por sustitución también se cumple la finalidad demográfica.

Otros problemas tienen que ver con el lugar y el momento del nacimiento (o adopción) y con la supervivencia o no de los hijos. En cuanto al lugar del nacimiento (o de la adopción), nada dice la norma, lo que en principio debería constituir un hecho irrelevante, máxime en los casos de nacimientos acaecidos fuera de España, pero con posterior residencia de los hijos en España, y ello al cumplirse la finalidad legal del incremento de la demografía española. Sin embargo, no fue ese el criterio administrativo inicial de la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica en la

<sup>11</sup> Muy revelador a este respecto es el criterio de gestión 1/2018, de fecha 1 de febrero de 2018, de la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica (Dirección General de Ordenación de la Seguridad Social) (JUR 2018\ 84995).

En la enmienda del grupo parlamentario Popular en el Congreso de los Diputados al propio proyecto de LPGE para el año 2016, origen de este complemento que no estaba en el diseño original del proyecto de ley, figuraba ya la perspectiva de género entre las finalidades del complemento por maternidad (BOCG, 1-9-2015, serie A, núm. 163-4, pp. 2812 ss.).

<sup>12</sup> Por todas, SSTS, 4<sup>ª</sup>, 25-10-2016, rcud 3818/2015, y 16-11-2016, rcud 3146/2014.



respuesta de fecha 11 de febrero de 2016 a la consulta 2/2016<sup>13</sup>, decantándose por el nacimiento en España, con solo dos excepciones. Primera, nacimiento en un país de la Unión Europea, del Espacio Económico Europeo o en Suiza, en aplicación del artículo 5 del Reglamento 883/2004, que contiene el principio de asimilación de hechos. Segunda excepción, “los nacimientos que se hubieran producido durante una estancia temporal de la madre en países distintos de los anteriores si, en dicha fecha, la misma era residente habitual en España, o en un Estado miembro de la UE, EEE o Suiza”.

Con posterioridad, se ha producido un cambio de criterio administrativo (Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica en la respuesta de fecha 15 de diciembre de 2016 a la consulta 27/2016<sup>14</sup>) al hilo de la STS, 4ª, 14-6-2016, rcud 1733/2015, sobre los periodos de cotización asimilados por parto del artículo 235 LGSS, y en virtud del mismo resulta ya indiferente el lugar del nacimiento o de la adopción, si bien en este último caso sería necesario que la adopción formalizada en el extranjero surtiera efectos en España en virtud del artículo 9.5 CC y de conformidad con la Ley 54/2007, de adopción internacional.

Respecto del momento del nacimiento o de la adopción, dice así el artículo 60.1 LGSS: “A efectos de determinar el derecho al complemento así como su cuantía únicamente se computarán los hijos nacidos o adoptados con anterioridad al hecho causante de la pensión correspondiente”.

En cuanto a la supervivencia o no de los hijos biológicos o adoptivos, nada dice la norma y *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*. Cuestión distinta es que deba aplicarse no la concepción puramente biológica del nacimiento sino la civil, la del artículo 30 CC, que para la adquisición de la personalidad (física o natural) requiere “el nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno”, sin las exigencias reforzadas de la versión anterior del artículo 30 CC (figura humana del feto nacido y supervivencia durante 24 horas). Así lo ha entendido el criterio administrativo de gestión 24/2017, de fecha 30 de octubre de 2017, de la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Técnica<sup>15</sup>. De nuevo, resulta determinante la finalidad legal de la contribución a la demografía española, que lógicamente no puede tener lugar en caso de nacimiento del feto sin vida.

Y para cerrar esta concreta parcela del ámbito subjetivo del derecho al complemento por maternidad y pasar a la siguiente, queda por despejar la problemática relativa a la posible distribución del complemento entre la madre biológica y la madre adoptiva. Conforme al criterio de gestión 1/2018, de fecha 1 de febrero de 2018, sentado por la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica<sup>16</sup>, el derecho al complemento corresponde a quien en el momento del hecho causante de la pensión contributiva complementada tenga reconocida la correspondiente filiación como madre, esto es, la madre adoptiva al extinguir la adopción los vínculos de filiación entre el adoptado y la familia de origen, incluida la madre biológica (art. 178.1 CC.). Ahora bien, lo que no se ha planteado el referido criterio de gestión es la ausencia de extinción del vínculo de filiación con la madre biológica del artículo 178.2.1º CC, a saber, madre biológica casada con otra mujer y adopción del hijo por parte de la segunda. En dicho escenario, y de cumplirse los correspondientes requisitos, en principio podría defenderse el derecho al complemento por parte de ambas madres, la biológica y la adoptiva, de la misma manera que hay casos en la doctrina judicial de reconocimiento de la prestación económica por maternidad primero a la madre biológica y después a la madre adoptiva, cónyuge de la madre biológica<sup>17</sup>.

<sup>13</sup> JUR 2017\75816.

Este criterio inicial, contrario a la consideración de los hijos nacidos fuera de España, fue el que aplicó el INSS en el caso del que da cuenta la STSJ de Castilla y León/Valladolid, 17-4-2017, rec. 2352/2016, decantándose la sentencia de instancia por el reconocimiento del complemento por maternidad, y sin que en suplicación se modificase dicho criterio por considerarse irrecurrible la sentencia de instancia por razón de la cuantía.

<sup>14</sup> JUR 2017\75796.

<sup>15</sup> JUR 2017\283353.

<sup>16</sup> JUR 2018\84.

<sup>17</sup> STSJ de Justicia de Madrid, 7-7-2014, rec. 2056/2013. Asimismo, aunque en lo que toca a la ayuda económica por parto o adopción múltiple, la STSJ de Cataluña, contencioso-administrativo, 2-11-2017, rec. 239/2016.

En tercer y último lugar, siempre en lo que toca al ámbito subjetivo del derecho al complemento por maternidad, las mujeres titulares del derecho son las que resulten beneficiarias de pensiones contributivas por jubilación, viudedad o incapacidad permanente en cualquier régimen del sistema de seguridad social, incluido el de clases pasivas a tenor de la disposición adicional 18ª del Real Decreto Legislativo 670/1987. Aunque, como se verá después, el complemento tenga autonomía y tenga “a todos los efectos naturaleza jurídica de pensión pública contributiva” (art. 60.1 LGSS), desde el punto de vista de la titularidad del derecho al complemento no hay tal sin reconocimiento de alguna de las pensiones contributivas objeto de complemento. En principio, no plantean mayores problemas la pensión de viudedad, sin perjuicio de lo que después se dirá sobre la eventual cuantía reducida de la pensión de viudedad por concurrencia de beneficiarios o por aplicación del tope máximo de la pensión compensatoria civil, y la pensión por incapacidad permanente en los tres grados que dan derecho a la misma, total del 55 % de la base reguladora o total cualificada del 75 % de la base reguladora (incluida la sustitución de la pensión por una indemnización a tanto alzado conforme al art. 196.2 LGSS y al art. 5 de la Orden ministerial 31-7-1972<sup>18</sup>), absoluta y gran invalidez.

Más compleja es la pensión por jubilación contributiva ante la existencia de numerosas especies del género jubilación contributiva. Dispone, al respecto, el artículo 60.4 LGSS lo siguiente: “El complemento de pensión no será de aplicación en los casos de acceso anticipado a la jubilación por voluntad de la interesada ni en los de jubilación parcial, a los que se refieren, respectivamente, los artículos 208 y 215”. Luego, parece que solo dos de las especies del género jubilación contributiva tendrían excluido el complemento por maternidad. Una de manera definitiva, la jubilación anticipada por voluntad de la propia interesada, la madre trabajadora (art. 208 LGSS). Y otra de forma aparentemente transitoria, la jubilación parcial del artículo 215 LGSS, a la espera del eventual acceso a la jubilación total o plena, en cuyo caso podría solicitarse el complemento por maternidad. Podría quizá defenderse que en realidad la exclusión solo afectase a la jubilación parcial y anticipada del artículo 215.2 LGSS, con preceptivo contrato de relevo por medio, y no así a la jubilación parcial a partir del cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación del artículo 215.1 LGSS, pues de lo contrario no tendría mucho sentido el siguiente pasaje del artículo 60.4 LGSS: “No obstante lo anterior, se asignará el complemento de pensión que proceda cuando desde la jubilación parcial se acceda a la jubilación plena, una vez cumplida la edad que en cada caso corresponda”.

Al margen de la anterior duda sobre la jubilación parcial no anticipada<sup>19</sup>, las especies del género jubilación contributiva susceptibles del complemento por maternidad son las siguientes, en el régimen general de la seguridad social, claro está: jubilación ordinaria (a la edad ordinaria del 205 LGSS o con anterioridad en los casos admitidos del 206 LGSS), jubilación anticipada por causa no imputable a la trabajadora del 207 LGSS, jubilación retrasada e incentivada del artículo 210.2 LGSS, jubilación flexible del artículo 213.1 LGSS y RD 1132/2002, y jubilación ligada al envejecimiento activo del artículo 214 LGSS. Otra cosa es que en las especies de jubilación no completa o total el importe del complemento por maternidad pueda ser objeto de reducción proporcional<sup>20</sup>.

## 2. EL ÁMBITO OBJETIVO DEL DERECHO AL COMPLEMENTO: UNA REGULACIÓN RELATIVAMENTE DETALLADA

El objeto o contenido del derecho al complemento por maternidad como su propio nombre indica consiste en un complemento añadido a la propia pensión contributiva complementada

<sup>18</sup> Así lo interpretan los Criterios de 17 de diciembre de 2015 de la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica (BISS de diciembre de 2015).

<sup>19</sup> Para RODRÍGUEZ CARDO, I. A.: «El nuevo complemento ...», op. cit., pp. 108-109, la jubilación parcial no anticipada también habría quedado excluida del complemento por maternidad.

<sup>20</sup> Criterios de 17 de diciembre de 2015 de la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica (BISS de diciembre de 2015).

(jubilación, viudedad o incapacidad permanente), calculado como un porcentaje sobre el importe inicial de la correspondiente pensión contributiva complementada. El porcentaje en cuestión depende del número de hijos biológicos y/o adoptivos, siendo el 5 % con dos hijos, el 10 % con tres hijos y el 15 % con cuatro o más hijos (art. 60.1 LGSS). Se percibe aquí con claridad la finalidad legal explícita de incremento de la demografía, pues con un solo hijo no se satisface la tasa de reposición o reemplazo generacional, fijada en 2,1 hijos por mujer como promedio.

La regulación legal del ámbito objetivo del derecho al complemento es relativamente detallada y se ocupa de la mayor parte de los aspectos que pudieran llegar a incidir en el importe del complemento por maternidad.

Así, por un lado, aborda dicha regulación el juego limitativo de la pensión máxima del artículo 57 LGSS. Para no penalizar a las pensionistas con una mejor carrera de cotización, acreedoras por ello de la pensión máxima, sin necesidad en todo o en parte del complemento por maternidad, se garantiza la percepción del 50 % del importe del complemento por maternidad que exceda, junto a la correspondiente pensión complementada, de la pensión máxima fijada anualmente por la legislación presupuestaria. Literalmente: “En el supuesto de que la cuantía de la pensión reconocida inicialmente supere el límite establecido en el artículo 57 sin aplicar el complemento, la suma de la pensión y del complemento no podrá superar dicho límite incrementado en un 50 por ciento del complemento asignado. Asimismo, si la cuantía de la pensión reconocida alcanza el límite establecido en el artículo 57 aplicando solo parcialmente el complemento, la interesada tendrá derecho además a percibir el 50 por ciento de la parte del complemento que exceda del límite máximo vigente en cada momento” (art. 60.2 LGSS). Ahora bien, no está claro si el cálculo del complemento por maternidad debe realizarse sobre el importe de la pensión teórica superior a la máxima del 57 LGSS o sobre esta última en todo caso<sup>21</sup>.

Y continúa diciendo el artículo 60.2 LGSS: “En los casos en que legal o reglamentariamente esté permitida por otras causas la superación del límite máximo, el complemento se calculará en los términos indicados en este apartado, estimando como cuantía inicial de la pensión el importe del límite máximo vigente en cada momento”<sup>22</sup>. Los casos, por poner algunos ejemplos de pensiones superiores a la máxima general del artículo 57 LGSS, de las pensiones extraordinarias originadas por actos de terrorismo del artículo 61 LGSS, de la pensión de jubilación retrasada e incentivada del artículo 210.2 LGSS y, en su caso, de la pensión de gran invalidez del artículo 196.4 LGSS.

Se ocupa, por otro lado, la regulación del ámbito objetivo del derecho al complemento por maternidad del juego de los complementos para pensiones inferiores a la mínima del artículo 59 LGSS. En caso de que la cuantía inicial de la pensión contributiva objeto de complemento fuese inferior a la mínima y la pensionista tuviese derecho al complemento por mínimo, el complemento por maternidad se calcularía tomando como referencia la pensión teórica inferior a la mínima, siendo perfectamente compatibles tanto el complemento por mínimo correspondiente (dependiente de varios factores) como el complemento por maternidad. Así lo dispone el artículo 60.3 LGSS. Por otro lado, en el caso de la pensión por incapacidad permanente total derivada de enfermedad común habría que tener en cuenta el tope mínimo de la pensión, al margen de la carencia de rentas de la beneficiaria, del artículo 196.2 LGSS, a saber, el 55 % de la base mínima de cotización en términos anuales<sup>23</sup>.

<sup>21</sup> Por el importe teórico superior al máximo del 57 LGSS se decanta RODRÍGUEZ CARDO, I. A.: «El nuevo complemento ...», op. cit., pp. 93-94.

<sup>22</sup> Conforme a los criterios de 17 de diciembre de 2015 de la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica (BISS de diciembre de 2015), en este escenario el complemento por maternidad debe calcularse no sobre el importe de la pensión máxima especial, sino sobre el de la pensión máxima general del artículo 57 LGSS. Mantiene una postura contraria RODRÍGUEZ CARDO, I. A.: «El nuevo complemento ...», op. cit., pp. 93-94.

<sup>23</sup> Criterios de 17 de diciembre de 2015 de la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica (BISS de diciembre de 2015).

Asimismo, prevé expresamente el artículo 60.5 LGSS la incidencia en el complemento por maternidad de la concurrencia de dos o más pensiones contributivas susceptibles de complemento en una misma beneficiaria, operando en dicho escenario el complemento por maternidad sobre la pensión contributiva de mayor cuantía, salvo en caso de concurrencia de las pensiones de jubilación y viudedad, aplicándose a la fuerza el complemento por maternidad sobre la pensión de jubilación. Adviértase que una misma beneficiaria, en el mismo o en diferentes regímenes de la seguridad social, podría llegar a acumular las pensiones por incapacidad permanente total, jubilación y viudedad. En un escenario así las posibilidades de activación de la pensión máxima del artículo 57 LGSS se incrementarían notablemente, debiendo estar a lo dicho párrafos atrás. Por cierto, y aunque nada diga la regulación que se viene analizando, la eventual extinción de la pensión contributiva sobre la que en un primer momento se hubiera devengado el complemento por maternidad no debería impedir su continuidad, con el consiguiente nuevo cálculo, de existir otra pensión contributiva susceptible de complemento.

Y una última cuestión atinente al importe del complemento por maternidad, esta sin previsión expresa alguna en el artículo 60 LGSS. Se trata de la eventual discordancia que en la pensión de viudedad podría darse entre la pensión teórica inicialmente reconocida y la pensión real o efectivamente percibida, por ejemplo, en caso de concurrencia de beneficiarios (art. 220.2 LGSS) o en caso de aplicación del tope máximo de la pensión compensatoria civil que se viniera percibiendo y se viera extinguida por la muerte del sujeto causante (art. 220.1 LGSS). Lógicamente, el complemento por maternidad habrá de calcularse sobre el importe de la pensión de viudedad realmente percibida por la beneficiaria (una beneficiaria o más de una beneficiaria, en su caso)<sup>24</sup>.

### 3. EL ÁMBITO TEMPORAL DEL DERECHO AL COMPLEMENTO: PENSIONES CONTRIBUTIVAS CAUSADAS A PARTIR DEL 1 DE ENERO DE 2016

Conforme a la disposición final única del Real Decreto Legislativo 8/2015 “el complemento por maternidad será de aplicación a las pensiones contributivas que se causen a partir de 1 de enero de 2016”. Esta norma de vigencia aparentemente sencilla, y que dentro de poco tiempo no planteará ningún problema, presenta en la actualidad cierta litigiosidad (real o potencial) ligada a la determinación temporal del hecho causante de las pensiones contributivas susceptibles de complemento por maternidad, antes o después del 1 de enero de 2016, sin derecho o con derecho a complemento por maternidad.

De las diferentes alternativas que tenía el legislador, como hecho causante, solicitud, reconocimiento administrativo o judicial y fecha de efectos económicos, la norma legal se decanta inequívocamente por el hecho causante, diferente según la concreta pensión contributiva complementada y a su vez con diversas posibilidades dentro de cada pensión contributiva (salvo en el caso de la pensión de viudedad en la que el hecho causante es siempre el día del fallecimiento del sujeto causante de la pensión<sup>25</sup>), por ejemplo en función del acceso a la pensión desde las situaciones de alta ordinaria, alta asimilada o baja.

Precisamente hay una sentencia del Tribunal Superior de Justicia de la Rioja<sup>26</sup> que, frente al criterio contrario del INSS y del órgano judicial de instancia, reconoce el derecho al complemento por maternidad solicitado por la beneficiaria de la pensión de jubilación al haber accedido a la misma desde una situación de asimilación al alta, de pérdida del empleo antes del cumplimiento de

<sup>24</sup> En este sentido, los criterios de 17 de diciembre de 2015 de la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica (BISS de diciembre de 2015).

<sup>25</sup> La STSJ de Murcia, 17-5-2017, rec. 197/2017, desestima el recurso de suplicación presentado por la beneficiaria de la pensión de viudedad y solicitante del complemento por maternidad por haberse producido el fallecimiento del sujeto causante el 31 de diciembre de 2015, siendo dicha fecha la del hecho causante de la pensión de viudedad, aunque los efectos económicos de la pensión empiecen el 1 de enero de 2016, vigente ya el complemento por maternidad. Luego, prevalencia de la fecha del hecho causante sobre la fecha de efectos económicos de la pensión de viudedad como dispone la disposición final única del Real Decreto Legislativo 8/2015.

<sup>26</sup> STSJ de La Rioja, 20-7-2017, rec. 204/2017.

la edad ordinaria y disfrute de la prestación contributiva por desempleo hasta el cumplimiento de la edad ordinaria de jubilación, con mantenimiento con posterioridad de la condición de demandante de empleo con inscripción ininterrumpida ante el servicio autonómico de empleo correspondiente. La edad ordinaria de acceso a la jubilación se cumplió el 20 de diciembre de 2015, pero la solicitud de la pensión de jubilación tuvo lugar el 25 de enero de 2016, vigente ya el artículo 60 LGSS, habiéndose producido el hecho causante de la pensión de jubilación en la fecha de la solicitud de la pensión en lugar de en la de cumplimiento de la edad ordinaria. Así lo dispone el artículo 3.b) de la Orden ministerial de 18 de enero de 1967<sup>27</sup>.

Distinto sería el caso, siempre tomando como referencia la pensión de jubilación, de un cese en el trabajo en el año 2015 con cumplimiento en el momento del cese de los requisitos (edad y carencias) de acceso a la jubilación ordinaria. En dicha hipótesis la pensión de jubilación se habría causado en el año 2015 desde una situación de alta ordinaria, por lo que la eventual solicitud de la pensión ya en el año 2016 no daría derecho al complemento por maternidad<sup>28</sup>.

El resto de sentencias de los tribunales superiores de justicia consultadas, todas ellas relativas a la pensión por incapacidad permanente, han dado la razón al INSS al haber denegado el complemento por maternidad en todos aquellos casos de pensiones por incapacidad permanente reconocidas en el año 2016, pero con hechos causantes producidos en el año 2015, bien por extinción de la previa incapacidad temporal en dicho año<sup>29</sup>, bien por la fecha del dictamen-propuesta del EVI también en el año 2015<sup>30</sup>.

Debe entenderse que las pensiones causadas con anterioridad al 1 de enero de 2016, pero que experimenten con posterioridad a dicha fecha algún cambio en la denominación, la cuantía, la responsabilidad en orden al pago, la contingencia, etc., no permitirán el devengo sobrevenido del complemento por maternidad<sup>31</sup>.

#### 4. NATURALEZA JURÍDICA DEL COMPLEMENTO POR MATERNIDAD: PENSIÓN PÚBLICA CONTRIBUTIVA

Se ha dicho ya, y se reitera ahora, que el complemento por maternidad tiene “a todos los efectos naturaleza jurídica de pensión pública contributiva” (art. 60.1 LGSS). Luego, los atributos propios de las pensiones públicas contributivas se aplican sin más al complemento por maternidad. Así, y por citar solo algunas manifestaciones, las protecciones específicas de las prestaciones de seguridad social del artículo 44.1 LGSS, con especial protagonismo de la inembargabilidad relativa (art. 607 LEC); la prescripción del artículo 53 LGSS; la garantía del principio de automaticidad de las prestaciones del 167.3 LGSS; la recurribilidad de las sentencias de instancia en suplicación aunque el importe de la cuantía reclamada no supere los 3.000 euros en cómputo anual<sup>32</sup>; etc.

La autonomía del complemento por maternidad, similar a la que por la jurisprudencia se viene predicando de los complementos para pensiones inferiores a la mínima o el complemento del

<sup>27</sup> Véase la STS, 4ª, 26-11-2014, rcud 3362/2013.

<sup>28</sup> Consulta 9/2016, de fecha 30 de mayo de 2016, de la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica (JUR 2017\75789).

<sup>29</sup> STSJ de Castilla y León/Valladolid, 22-2-2018, rec. 1888/2017.

<sup>30</sup> SSTSJ de Asturias, 16-5-2017, rec. 927/2017, y 27-7-2017, rec. 1476/2017.

<sup>31</sup> En este sentido, los criterios de 17 de diciembre de 2015 de la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica (BISS de diciembre de 2015).

Para RODRÍGUEZ CARDO, I. A.: «El nuevo complemento ...», op. cit., p. 110, lo que se acaba de decir debería quizá exceptuarse en los supuestos de revisión de la pensión por incapacidad permanente cuando durante el correspondiente intervalo temporal la beneficiaria tuviera hijos biológicos o adoptivos.

<sup>32</sup> De forma errónea la STSJ de Castilla y León/Valladolid, 17-4-2017, rec. 2352/2016, no considera recurrible en suplicación (por razón de la cuantía) la sentencia de instancia que frente al criterio del INSS había reconocido a la beneficiaria de la pensión de jubilación causada en el año 2016 el complemento por maternidad por los dos hijos de la misma nacidos en Perú. No tiene en cuenta esta sentencia que el complemento por maternidad es a todos los efectos una pensión pública contributiva, debiendo pues aplicarse la recurribilidad en suplicación en todo caso conforme establece el artículo 191.3.c) LRJS.

20 % de la incapacidad permanente total cualificada, no significa ni mucho menos que el mismo quede desligado del régimen jurídico de la pensión contributiva complementada. Al contrario, el artículo 60.6 LGSS dispone de manera taxativa: “El derecho al complemento estará sujeto al régimen jurídico de la pensión en lo referente a nacimiento, duración, suspensión, extinción y, en su caso, actualización”. Y aunque nada diga el precepto legal habrá de atenderse que también corresponde la gestión (y el coste correspondiente) del complemento por maternidad a la entidad gestora o Mutua colaboradora que gestione la pensión contributiva complementada<sup>33</sup>.

Aunque el precepto que se acaba de transcribir se refiere solo a la actualización y la misma no puede conceptualmente confundirse sin más con la revalorización anual, puede defenderse esta última respecto del complemento por maternidad desde el momento en que el artículo 58 LGSS cuando regula la revalorización anual alude genéricamente a las pensiones contributivas de la seguridad social y se acaba de decir dos párrafos atrás que la naturaleza jurídica del complemento por maternidad es a todos los efectos la de una pensión pública contributiva (art. 60.1 LGSS). Por otro lado, la actualización en sentido amplio comprendería también la revalorización anual. De hecho, tanto el artículo 50 CE como el 62 LGSS utilizan el término actualización para referirse a la revalorización anual.

En cuanto a la actualización en sentido estricto, hay muchas circunstancias que podrían conllevar bien el incremento bien la reducción del importe inicial de las pensiones contributivas susceptibles de complemento. La actualización del importe de la pensión contributiva complementada al alza o a la baja automáticamente exigiría recalcular el importe del complemento por maternidad<sup>34</sup>.

## 5. VALORACIÓN CRÍTICA

Más allá del aplauso que merece toda iniciativa tendente a la mejora de la maltrecha demografía española, máxime si como sucede con el complemento por maternidad la medida responde también, por no decir sobre todo, al principio constitucional de igualdad efectiva entre mujeres y hombres, con una inequívoca impronta de acción positiva, lo cierto es que pueden efectuarse algunas observaciones críticas<sup>35</sup>; se insiste, partiendo de una valoración de partida muy favorable. Críticas que vienen a sumarse a las ya efectuadas por la doctrina científica<sup>36</sup>.

Primera observación crítica, si el complemento por maternidad tiene una finalidad explícita, la aportación demográfica, y otra implícita, la mejora de las pensiones de las mujeres, estadísticamente por dejado de las de los varones<sup>37</sup>, lo más coherente hubiera sido extender el complemento por maternidad (en los mismos o en diferentes términos) a las pensiones asistenciales por jubilación e invalidez, lógicamente con el considerable mayor coste para las arcas públicas<sup>38</sup>. Al fin y al cabo, la aportación a la demografía lo es tanto de las mujeres receptoras de pensiones contributivas como de las mujeres receptoras de pensiones asistenciales o no

<sup>33</sup> Criterios de 17 de diciembre de 2015 de la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica (BISS de diciembre de 2015).

<sup>34</sup> Criterios de 17 de diciembre de 2015 de la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica (BISS de diciembre de 2015).

<sup>35</sup> Otra observación crítica podría ser el modelo clásico de familia tomado en consideración por el artículo 60 LGSS. A título ejemplificativo, no se ha previsto la posible muerte de la madre biológica o adoptiva y el posible ejercicio de las labores de “madre”, sin adopción por medio claro está, por parte de otra mujer, quizá la nueva esposa o la pareja de hecho del progenitor superviviente.

<sup>36</sup> Muy interesantes las valoraciones críticas a cargo de RODRÍGUEZ CARDO, I. A.: «El nuevo complemento ...», op. cit., pp. 99-100, y BALLESTER PASTOR, M. A.: «El complemento de pensiones por maternidad: contradicciones, inadecuaciones y paradojas de la pretendida compensación de la contribución demográfica», en AA.VV.: *Estudios sobre Seguridad Social. Libro homenaje al profesor José Ignacio García Ninet*, Atelier, Barcelona, 2017, pp. 533 ss.

<sup>37</sup> Además de las estadísticas oficiales del INSS puede consultarse, a este respecto, el siguiente informe: [http://ugt.es/Publicaciones/12-02 %20Informe %20brecha %20pensiones.pdf](http://ugt.es/Publicaciones/12-02%20Informe%20brecha%20pensiones.pdf).

<sup>38</sup> Así lo pretendió, obviamente sin éxito, la enmienda presentada por el grupo parlamentario socialista en el Congreso de los Diputados. También se muestra favorable a la extensión del complemento por maternidad a las pensiones no contributivas, RODRÍGUEZ CARDO, I. A.: «El nuevo complemento ...», op. cit., p. 111.

contributivas. Y la aportación demográfica no solo es fundamental para la sostenibilidad financiera de la modalidad contributiva de la seguridad social vía cotizaciones sociales en un sistema de reparto como el español, sino también para la salud presupuestaria española (vía impositiva, sobre todo) de la que depende la modalidad asistencial de la seguridad social. Adicionalmente, unas pensiones asistenciales de mayor cuantía para las mujeres con dos o más hijos, vía complemento por maternidad, sería una más que justificada acción positiva en la medida en que las mayores dificultades de acceso al mercado laboral (y permanencia regular en el mismo) para las mujeres con hijos aboca a muchas de ellas a carreras de cotización insuficientes como para devengar una pensión contributiva, con el pobre destino, en su caso (carencia de rentas y otros requisitos) de las pensiones asistenciales.

Segunda observación crítica. Llama la atención la rápida entrada en vigor del complemento por maternidad, aprobado a finales de octubre de 2015 y con efectos para las pensiones contributivas causadas a partir del 1 de enero de 2016, cuando muchas de las nuevas normas de seguridad social tienen un muy dilatado periodo transitorio<sup>39</sup>. Este dato temporal permite apreciar que prima en la norma legal la finalidad de acción positiva tendente al incremento de las pensiones contributivas de las mujeres con dos o más hijos sobre la finalidad de mejora de la maltrecha demografía española. De hecho, por la edad promedio avanzada de las mujeres que a partir del 1 de enero de 2016 hayan accedido al complemento por maternidad los hijos tomados en consideración seguramente nacieran o fueran adoptados en un momento en que la demografía española tenía una estructura muy distinta de la actual<sup>40</sup>. Luego, parece que se trata más de premiar y compensar que de fomentar.

Si la finalidad fuerte del complemento por maternidad fuese hacer frente a la maltrecha demografía española, fomentado de alguna manera el incremento de la bajísima natalidad actual<sup>41</sup>, seguramente la norma legal debería surtir efectos dentro de muchos años y la ausencia de coste durante los muchos años de *vacatio legis*, sin perjuicio del mínimo coste producto de las reiteradas campañas de publicidad que habría que hacer, podría permitir un mayor importe del complemento por maternidad, con porcentajes superiores en función del número de hijos: por ejemplo, 7,5 % con dos hijos, 15 % con tres hijos y 20 % con cuatro o más hijos. Es más, teniendo en cuenta que el complemento por maternidad constituye una medida de acción positiva, pensada para contribuir a disminuir la brecha género en materia de pensiones, lo razonable sería introducir un factor corrector que compensase porcentualmente más a las mujeres con pensiones más bajas que a las mujeres con pensiones más altas, a igualdad de hijos claro está.

### III. LA PROTECCIÓN POR DESEMPLEO Y LAS RESPONSABILIDADES FAMILIARES

La protección social complementaria a la familia dentro del sistema público de seguridad social también está presente en la protección por desempleo<sup>42</sup>, en las modalidades contributiva y asistencial y en los programas coyunturales de apoyo a los desempleados de los últimos años de crisis económica<sup>43</sup>, aunque estos últimos no serán objeto de consideración en este trabajo.

<sup>39</sup> Seguramente esa *vacatio legis* no muy duradera también pretendiera evitar las estrategias de retraso en el acceso a las pensiones contributivas susceptibles de complemento por maternidad.

<sup>40</sup> Junto a otros muchos datos estadísticos que pueden consultar en la página web del INE, resulta muy reveladora la evolución de los nacimientos en España. Por ejemplo, mientras en el año 1975 el número de nacimientos fue de 669.378 en el año 2017 los nacimientos han sido muy inferiores, 391.930.

<sup>41</sup> El índice de fecundidad (número de hijos por mujer) en España en el año 2017 ha sido igual 1,31, lejos de la fecundidad de reemplazo, igual a 2,1. Téngase en cuenta que en 1964 el índice de fecundidad fue 3,01, y en 1975 igual a 2,77.

<sup>42</sup> LUÉLMO MILLÁN, M. A.: «Desempleo y familia», en *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, 2004, núm. 54, pp. 13 ss.

<sup>43</sup> Por citar solo el último de esos programas coyunturales, en la actualidad pendiente de renovación tras la negociación anunciada entre el Gobierno de la nación y las comunidades autónomas, el Programa de Activación para el Empleo, uno de cuyos requisitos es la existencia de responsabilidades familiares, en los términos del artículo 275.3 LGSS, por parte del desempleado de larga duración solicitante. Véase el RDL 16/2016, prorrogado y modificado vía RDL 7/2017.

## 1. LA PROTECCIÓN CONTRIBUTIVA POR DESEMPLEO Y LOS HIJOS A CARGO

A diferencia de lo que en breve se verá sobre el nivel asistencial por desempleo, en la modalidad contributiva por desempleo no hay supuesto alguno que ligue la protección por desempleo a la protección de la familia, bajo la fórmula de las responsabilidades familiares u otra cualquiera<sup>44</sup>. Lo que sí hay es una incidencia de las responsabilidades familiares en las cuantías máxima y mínima de la prestación contributiva por desempleo (o de la prestación por cese de actividad del RETA<sup>45</sup>), teniendo dicha cuantía máxima una gran importancia pues las reglas de cálculo de la prestación contributiva por desempleo, sobre todo durante los 180 primeros días de duración de la prestación (art. 270.2 LGSS), muchas veces arrojan un importe teórico de la prestación por encima del tope máximo. De la misma manera que las reglas de cálculo, sobre todo a partir del día número 181 de percepción de la prestación (art. 270.2 LGSS), otorgan a la cuantía mínima una importancia no menor.

Pues bien, el tope máximo de la prestación contributiva por desempleo con carácter general es del 175 % del IPREM mensual (más una sexta parte de esa cifra), incrementándose el mismo en caso de determinadas responsabilidades familiares del percceptor de la prestación, concretamente un 200 % del IPREM con un hijo a cargo y un 225 % del IPREM con dos o más hijos a cargo (art. 270.3 LGSS).

Y el tope mínimo de la prestación con carácter general es del 80 % del IPREM, elevándose hasta el 107 % del IPREM de existir determinadas responsabilidades familiares del percceptor de la prestación, siendo indiferente el número de hijos a cargo (art. 270.3 LGSS), lo que contrasta con el supuesto apenas visto del tope máximo. De hecho, parecería más coherente diferenciar en función del número de hijos a cargo para el tope mínimo de la prestación contributiva por desempleo en lugar de para el tope máximo.

No puede dejar de criticarse la muy restrictiva consideración de la familia a estos efectos, limitándose a los hijos a cargo, sin tan siquiera contemplación del cónyuge a cargo.

## 2. LA PROTECCIÓN ASISTENCIAL POR DESEMPLEO Y EL JUEGO AMBIVALENTE DE LA FAMILIA: LA RECIENTE STC 61/2018 QUE ANULA EL REQUISITO DE CARENCIA DE RENTAS DE LA UNIDAD FAMILIAR EN EL SUBSIDIO PARA MAYORES DE 55 AÑOS

Más compleja y ambivalente es la relación entre la familia del trabajador desempleado y el nivel asistencial de la protección por desempleo. Por un lado, las responsabilidades familiares del trabajador desempleado, además de incidir en la duración del subsidio (art. 277 LGSS), están directamente detrás de dos de los diversos supuestos subjetivos del heterogéneo subsidio por desempleo, a saber, el subsidio por agotamiento de la prestación contributiva al margen de la edad del desempleado del artículo 274.1.a) LGSS, y el subsidio por falta de periodo de carencia para el devengo de la prestación contributiva, pero con al menos tres meses de cotización por desempleo del artículo 274.3.a) LGSS. Asimismo, los dos supuestos que se acaban de mencionar podrían llegado el caso, y de manera indirecta, desembocar en el muy importante subsidio especial para mayores de 55 años del artículo 274.4 LGSS (antes de la reforma de 2012 para mayores de 52

<sup>44</sup> Téngase en cuenta, no obstante, que en el artículo 270.6 LGSS se prevé una típica prestación familiar de la modalidad contributiva, aunque extrasistemática, situada fuera del lugar más coherente, los artículos 235 a 237 LGSS. Dice así el artículo 270.6 LGSS: “En los supuestos de reducción de jornada previstos en los apartados 5, 6 y 8 del artículo 37 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, para el cálculo de la base reguladora (de la prestación contributiva por desempleo), las bases de cotización se computarán incrementadas hasta el 100 por ciento de la cuantía que hubiera correspondido si se hubiera mantenido, sin reducción, el trabajo a tiempo completo o parcial. Si la situación legal de desempleo se produce estando el trabajador en las situaciones de reducción de jornada citadas, las cuantías máxima y mínima a que se refieren los apartados anteriores se determinarán teniendo en cuenta el indicador público de rentas de efectos múltiples en función de las horas trabajadas antes de la reducción de la jornada” (mío el paréntesis).

<sup>45</sup> Artículo 339 LGSS.



años, con anuncio reciente del nuevo Gobierno de la nación de retomar la edad de 52 años en lugar de la de 55 años).

El concepto de responsabilidades familiares a estos efectos figura en el artículo 275.3 LGSS y mezcla los concretos lazos familiares () con el desempleado objeto de protección vía subsidio con las rentas de diferente naturaleza de los familiares en cuestión, con exclusión taxativa de quienes posean rentas superiores al 75 % del salario mínimo interprofesional, excluida la parte proporcional de las dos pagas extras.

Un concepto de responsabilidades familiares que suscita una notable litigiosidad a cuenta de las rentas de diferente naturaleza objeto de consideración (art. 275.4 LGSS)<sup>46</sup>. Con todo, la litigiosidad que aquí más interesa es la relativa a la heterodoxa consideración que el Servicio Público Estatal de Empleo (SPEE, en adelante) viene haciendo de la pareja de hecho del solicitante o beneficiario del subsidio por desempleo. Por un lado, no admite conforme a una interpretación literal del artículo 275.3 LGSS la equiparación entre la pareja de hecho a cargo y el cónyuge a cargo. Por otro lado, y de forma contradictoria, cuando hay pareja de hecho por medio e hijos (o menores acogidos) comunes las rentas de la pareja de hecho son objeto de cómputo a resultas de la obligación de alimentos entre los padres y los hijos del artículo 143 CC, llegando en su caso a excluir el correspondiente subsidio por desempleo por ausencia de responsabilidades familiares. Una contemplación contradictoria de la pareja de hecho por parte del SPEE que tiene divididos a los tribunales superiores de justicia de las comunidades autónomas<sup>47</sup>, y que tarde o temprano tendrá que solventar el Tribunal Supremo<sup>48</sup>.

Por último, y respecto del subsidio especial para mayores de 55 años (también en la renta activa de inserción<sup>49</sup>), muchas veces mal denominado subsidio por prejubilación, la pertenencia del trabajador desempleado a una unidad familiar, en los términos del artículo 275.2 LGSS, podría perjudicarlo por aplicación de una doble exigencia de tipo asistencial, la general carencia de rentas del trabajador desempleado, y la específica carencia de rentas de la unidad familiar a la que perteneciese el trabajador desempleado solicitante o beneficiario del subsidio especial para mayores de 55 años. Dice así el artículo 275.2 LGSS: “En el caso del subsidio para trabajadores mayores de cincuenta y cinco años previsto en el artículo 274.4, aunque el solicitante carezca de rentas en los términos establecidos en este artículo, si tiene cónyuge y/o hijos menores de veintiséis años, o mayores incapacitados o menores acogidos, únicamente se entenderá cumplido el requisito de carencia de rentas cuando la suma de las rentas de todos los integrantes de la unidad familiar así constituida, incluido el solicitante, dividida por el número de miembros que la componen, no supere el 75 por ciento del salario mínimo interprofesional, excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias”. Se trata de una reforma restrictiva introducida por el Real Decreto-ley 5/2013, con efectos a partir del 17 de marzo de 2013, no pudiendo afectar a los subsidios causados con anterioridad y sometidos exclusivamente al requisito de carencia de rentas del propio trabajador desempleado.

Al cierre de este trabajo el Tribunal Constitucional (STC [Pleno] 61/2018, de 7 de junio) ha anulado el requisito específico de carencia de rentas de la unidad familiar introducido en 2013 por

<sup>46</sup> Especial litigiosidad está planteando la pensión de alimentos a los hijos del desempleado en los casos habituales de impago de la pensión. Así, entre otras muchas, la STSJ de Castilla y León/Burgos, 4-2-2016, rec. 6/2016.

<sup>47</sup> A favor del cómputo de las rentas de la pareja de hecho, entre otras, la STSJ de Andalucía/Granada, 29-5-2017, rec. 3019/2016, y la STSJ de Andalucía/Sevilla, 24-2-2016, rec. 879/2015. En contra, entre otras muchas, la STSJ de Canarias/Las Palmas de Gran Canaria, 19-2-2015, rec. 846/2014.

<sup>48</sup> Está pendiente de sentencia, ya admitido a trámite y con informe del Ministerio Fiscal contrario a la consideración perjudicial de la pareja de hecho, el recurso de casación unificadora 3600/2016, precisamente frente a la sentencia del TSJ de Andalucía/Sevilla citada en la nota anterior.

Téngase en cuenta que la STS, 4<sup>ª</sup>, 15-2-2017, rcud 2921/2015, legitima el archivo del expediente (art. 231.1.b) LGSS-1994) en materia de subsidio por desempleo efectuado por el SPEE ante la no aportación por el solicitante de la documentación relativa a los ingresos de su pareja de hecho, madre de la hija de ambos.

<sup>49</sup> Artículo 2.1.d) del RD 1369/2006.

ausencia del presupuesto constitucional habilitante de la figura del Real Decreto-ley, la extraordinaria y urgente necesidad del artículo 86.1 CE<sup>50</sup>.

#### IV. LOS COMPLEMENTOS PARA PENSIONES CONTRIBUTIVAS INFERIORES A LA MÍNIMA Y LAS RESPONSABILIDADES FAMILIARES: UNA CONSIDERACIÓN DE LA FAMILIA RESTRICTIVA, ANTIGUA Y NO SIEMPRE FAVORABLE

La protección complementaria a la familia está también presente dentro del sistema público de seguridad social en la institución de los complementos para pensiones contributivas inferiores a la mínima de la mano de determinadas responsabilidades familiares que incrementan el importe de las pensiones mínimas, con el consiguiente mayor margen para los complementos, sin perjuicio de la consideración de las rentas de cualquier naturaleza de los beneficiarios<sup>51</sup>. Aunque se trata una vez más de una protección modesta, y abierta a la crítica como se verá más adelante, no debe ni mucho menos minusvalorarse, aunque solo sea por la enorme cantidad de pensiones contributivas incrementadas gracias a los complementos en cuestión<sup>52</sup>.

Complementos para pensiones contributivas inferiores a la mínima con una regulación parcial en el artículo 59 LGSS, traducción legislativa de la exigencia constitucional de suficiencia de las pensiones de los artículos 41 y 50 CE, y un desarrollo y una concreción anual en la correspondiente legislación de presupuestos, más la norma reglamentaria anual de turno. Para el año 2018, y centrandó exclusivamente la atención en las pensiones más importantes, las de jubilación, incapacidad permanente y viudedad, la normativa vigente establece las siguientes pensiones contributivas mínimas en función de determinadas circunstancias personales y familiares<sup>53</sup>. Téngase muy en cuenta que la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018 (Ley 6/2018), recién aprobada en el BOE (4-7-2018) al cierre de este trabajo, contempla un incremento adicional del 2,75 %, por lo que las cifras de los cuadros previsiblemente deben ser incrementadas en dicho porcentaje, aplicable con carácter retroactivo a fecha 1 de enero de 2018<sup>54</sup>.

	Jubilación	
	CUANTÍA MENSUAL	CUANTÍA ANUAL
Con 65 años		
Con cónyuge a cargo	788,90	11.044,60
Sin cónyuge (unidad familiar unipersonal)	639,30	8.950,20
Con cónyuge no a cargo	606,70	8.493,80
Menor de 65 años		
Con cónyuge a cargo	739,50	10.353,00
Sin cónyuge (unidad familiar unipersonal)	598,00	8.372,00
Con cónyuge no a cargo	565,30	7.914,20
Con 65 años procedente de gran invalidez		
Con cónyuge a cargo	1.183,40	16.567,60
Sin cónyuge (unidad familiar unipersonal)	959,00	13.426,00
Con cónyuge no a cargo	910,10	12.741,40

<sup>50</sup> Sobre las consecuencias concretas de la declaración de inconstitucionalidad véase el F.J. 11 de la STC 61/2018.

<sup>51</sup> Por todos, ALONSO-OLEA GARCÍA, B.: «Los complementos para pensiones inferiores a la mínima», en García-Perrote Escartín, I. y Mercader Uguina, J. (dirs.), *La reforma de la Seguridad Social 2011*, Lex Nova, Valladolid, 2011, pp. 309 ss., y LÓPEZ CUMBRE, L.: «Pensiones mínimas y complementos para mínimos», en AA.VV., *Los retos financieros del sistema de Seguridad Social: libro homenaje al profesor Antonio Ojeda Avilés*, Laborum, Murcia, 2014, pp. 201 ss.

<sup>52</sup> Por ejemplo, el 44,73 % de las pensiones de jubilación se benefician del complemento por mínimo.

<sup>53</sup> RD 1079/2017, de 29 de diciembre, de revalorización de pensiones para el año 2018. Concretamente, el Anexo I establece una subida del 0,25 % respecto de las pensiones mínimas del año 2017.

<sup>54</sup> Véase la disposición adicional 51ª.Tres de la Ley 6/2018 de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018.

## Protección a la Familia y Seguridad Social. Hacia un nuevo modelo de protección sociolaboral

	Incapacidad permanente	
	CUANTÍA MENSUAL	CUANTÍA ANUAL
Gran invalidez		
Con cónyuge a cargo	1.183,40	16.567,60
Sin cónyuge (unidad familiar unipersonal)	959,00	13.426,00
Con cónyuge no a cargo	910,10	12.741,40
Absoluta o con 65 años de edad		
Con cónyuge a cargo	788,90	11.044,60
Sin cónyuge (unidad familiar unipersonal)	639,30	8.950,20
Con cónyuge no a cargo	606,70	8.493,80
Total con edad entre 60 y 64 años		
Con cónyuge a cargo	739,50	10.353,00
Sin cónyuge (unidad familiar unipersonal)	598,00	8.372,00
Con cónyuge no a cargo	565,30	7.914,20
Total derivada enfermedad común menor 60 años		
Con cónyuge a cargo	397,60	5.566,40
Sin cónyuge (unidad familiar unipersonal)	397,60	5.566,40
Con cónyuge no a cargo	55 % base mínima R.G.	55 % base mínima R.G.

	Viudedad	
	CUANTÍA MENSUAL	CUANTÍA ANUAL
Con cargas familiares	739,50	10.353,00
Con 65 años o con discapacidad => 65 %	639,30	8.950,20
Entre 60 y 64 años	598,00	8.372,00
Menor de 60 años	484,20	6.778,80

Lo primero que llama la atención es la muy restrictiva consideración de las responsabilidades familiares a efectos de las pensiones contributivas mínimas. En efecto, para las dos pensiones más importantes, jubilación e incapacidad permanente, solo se protege a los beneficiarios con cónyuge a cargo, sin protección alguna en caso de hijos o menores a cargo. Además, el concepto de cónyuge a cargo que anualmente viene recogiendo la legislación de presupuestos<sup>55</sup> es mucho más restrictivo que ese mismo concepto a efectos de la modalidad asistencial de protección por desempleo (art. 275.3 LGSS). Y para colmo el artículo 59.2 LGSS viene a añadir otra nota restrictiva más al establecer para las pensiones contributivas inferiores a la mínima causadas a partir del 1 de enero de 2013 un tope máximo al importe del complemento por mínimo para

<sup>55</sup> Dispone así el artículo 43.3 de la Ley 6/2018, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018: «A efectos de lo previsto en este artículo, se considerará que existe cónyuge a cargo del titular de una pensión cuando aquél se halle conviviendo con el pensionista y dependa económicamente de él. Se entenderá que existe dependencia económica cuando concurren las circunstancias siguientes: a) Que el cónyuge del pensionista no sea, a su vez, titular de una pensión a cargo de un régimen básico público de previsión social, entendiéndose comprendidos en dicho concepto las pensiones reconocidas por otro Estado así como los subsidios de garantía de ingresos mínimos y por ayuda de tercera persona, ambos previstos en el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, y las pensiones asistenciales reguladas en la Ley 45/1960, de 21 de julio, por la que se crean determinados Fondos Nacionales para la aplicación social deducida impuesto y del ahorro. b) Que los rendimientos por cualquier naturaleza del pensionista y de su cónyuge, computados en la forma señalada en el apartado Uno de este artículo, resulten inferiores a 8.342,65 euros anuales. Cuando la suma, en cómputo anual, de los rendimientos referidos en el párrafo anterior y del importe, también en cómputo anual, de la pensión que se vaya a complementar resulte inferior a la suma de 8.342,65 euros y de la cuantía anual de la pensión mínima con cónyuge a cargo de que se trate, se reconocerá un complemento igual a la diferencia, distribuido entre el número de mensualidades que corresponda».

beneficiarios con cónyuge a cargo, a saber, “el importe de tales complementos no podrá rebasar la cuantía que correspondería a la pensión no contributiva (por jubilación o invalidez) por aplicación de lo establecido en el artículo 364.1.a) para las unidades económicas en las que concurren dos beneficiarios con derecho a pensión” (mío el paréntesis).

Y en cuanto a la pensión de viudedad, el tradicional concepto de cargas familiares manejado a estos efectos (art. 31.2 del Decreto 3158/1966, en la redacción dada en 2003, en la línea del artículo 275.3 LGSS) deja sin protección a los supuestos de hijos no comunes y que pudiera haber aportado a la unidad familiar el sujeto causante de la pensión de viudedad, e igualmente deja fuera al eventual nuevo cónyuge a cargo del pensionista de viudedad con pensión inferior a la mínima, pues la celebración de nuevas nupcias no es automáticamente causa de extinción de la pensión de viudedad (art. 11.1 de la Orden ministerial de 13 de febrero de 1967).

A la restrictiva consideración de las responsabilidades familiares a efectos de complementos para pensiones contributivas inferiores a la mínima debe añadirse, una vez más, la contemplación de un modelo antiguo de familia, fundada exclusivamente en el matrimonio, sin tutela de la pareja de hecho formalizada mediante inscripción registral o documento notarial.

Por último, y de nuevo por lo que se refiere a las pensiones mínimas de jubilación e incapacidad permanente, no solo se contempla un modelo de familia restrictivo y antiguo, sino que incluso el hecho mismo de tener una familia matrimonial puede llegar a ser contraproducente al ser el importe de las pensiones mínimas superior en caso de unidad económica unipersonal que en el de beneficiario con cónyuge no a cargo. Sucede que la unidad económica unipersonal fue introducida por la Ley 40/2007 (disposición adicional 24ª) para mejorar las pensiones mínimas de los pensionistas que tuvieran que hacer frente con su pensión al mantenimiento del hogar, pero sin hacer mayores precisiones sobre la soledad o no de dichos pensionistas. Es más, el desarrollo reglamentario anual que desde el RD 2127/2008, de revalorizaciones de pensiones para el año 2009, se viene haciendo del concepto de unidad económica unipersonal es puramente negativo, considerándose en dicha situación a quien no esté en ninguna de las dos anteriores, esto es, beneficiarios con cónyuge a cargo y beneficiarios con cónyuge no a cargo (art. 7.3 RD 2127/2008).

Dicho de otra manera, resulta ventajoso, a efectos de los complementos para pensiones contributivas inferiores a la mínima, no solo vivir en soledad, algo comprensible desde la perspectiva del sostenimiento económico del hogar, sino incluso convivir *more uxorio* con otra persona, con o sin formalización de la pareja de hecho, o con otros familiares que pudieran aportar ingresos para el sostenimiento del hogar, que hacerlo con el cónyuge siempre que el mismo sea considerado no a cargo, y a la vista de la regulación del cónyuge no a cargo no hace falta que el mismo tenga un nivel de ingresos precisamente elevado.

En conclusión, sería necesaria una profunda modificación que tuviera más y mejor en cuenta las distintas responsabilidades familiares a efectos de los complementos para pensiones contributivas inferiores a la mínima.

## **V. LA PROTECCIÓN COMPLETARIA A LA FAMILIA FUERA DEL SISTEMA PÚBLICO DE SEGURIDAD SOCIAL: LAS PRESTACIONES DEL SISTEMA PÚBLICO DE ASISTENCIA SOCIAL Y SERVICIOS SOCIALES Y LAS AYUDAS Y BENEFICIOS EMPRESARIALES**

### **1. LA HETEROGENEIDAD Y ATOMIZACIÓN DE LAS PRESTACIONES A FAVOR DE LA FAMILIA POR PARTE DEL SISTEMA PÚBLICO DE ASISTENCIA SOCIAL Y SERVICIOS SOCIALES**

No pretende este epígrafe abordar la distinción entre los sistemas públicos de seguridad social y de asistencia social y servicios sociales, el primero de gestión prevalentemente estatal (art. 149.1.17ª CE) y el segundo en manos preferentemente de las comunidades autónomas (art. 148.20

CE)<sup>56</sup>. Solo interesa destacar aquí cómo la protección social *stricto sensu* a la familia no es competencia exclusiva y excluyente del Estado a través del sistema público de seguridad social, correspondiendo también un importante papel complementario a las comunidades autónomas, y a las corporaciones locales<sup>57</sup>, de la mano del heterogéneo y atomizado sistema público de asistencia social y servicios sociales<sup>58</sup>. Adviértase, en este sentido, que el artículo 42.4 LGSS solo expresa la *vis atractiva* y excluyente del sistema público de seguridad social respecto de la modalidad contributiva, aceptando, en consecuencia, la realidad de la convivencia entre la modalidad asistencial o no contributiva del sistema público de seguridad social y el sistema público de asistencia social y servicios sociales. Convivencia apreciable, desde luego, en lo que toca a la protección pública a la familia, en particular mediante diversos tipos de ayudas económicas.

Desde la perspectiva de la protección directa a la familia, dejando pues de lado todas las prestaciones que indirectamente pudieran servir también en mayor o menor medida como tutela social a la familia, son muchas y muy variadas las prestaciones de servicios y las prestaciones económicas, las primeras sin confusión posible alguna con las ayudas económicas o prestaciones familiares de la modalidad asistencial del sistema público de seguridad social, y las segundas, como se decía en el párrafo anterior, llamadas a convivir con las propias de la modalidad asistencia de la seguridad social.

Siguiendo el muy relevante Catálogo de Referencia de los Servicios Sociales<sup>59</sup>, aprobado por el Consejo Territorial de Servicios Sociales y del Sistema para la Autonomía y la Atención a la Dependencia en el año 2013 (BOE, 16-5-2013), deben destacarse, entre las prestaciones de servicios o en especie, las de intervención y apoyo familiar<sup>60</sup>, las de intervención y protección de menores<sup>61</sup> y, en menor medida, las de protección jurídica (tutela y guarda de menores, sobre todo).

Y entre las prestaciones económicas, sean de pago periódico o de pago único, siempre siguiendo la terminología del Catálogo de Referencia de los Servicios Sociales, hay que mencionar la renta mínima de inserción, como quiera que la denomine la correspondiente normativa autonómica (renta básica, ingreso mínimo de solidaridad, renta garantizada de ciudadanía, renta de integración social, etc.)<sup>62</sup>, que tiene una inequívoca conexión con la tutela social de la institución familiar, y otras muchas prestaciones económicas a modo de reinos de taifas según las comunidades autónomas y las corporaciones locales. Así, sin ánimo exhaustivo alguno, las ayudas económicas por parto, adopción y acogimiento múltiples, por nacimiento o adopción del tercer hijo o sucesivos, por hijo a cargo, por disfrute de excedencia por cuidado de hijo, por hijos menores de tres años escolarizados en escuelas infantiles o guarderías, etc. La atomización y

<sup>56</sup> Fundamental, a este respecto, resulta la STC 239/2002. Véase, RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.: «Seguridad Social y asistencia social en el Estado de las Autonomías», en *Relaciones Laborales*, 2003, t. I, pp. 105 ss., y MORGADO PANADERO, P.: «Una nueva aproximación entre la Seguridad Social y la Asistencia Social: la STC 239/2002», en *Relaciones Laborales*, 2005, núm. 2, pp. 37 ss.

<sup>57</sup> Artículo 25.2.e) de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de régimen local, profundamente modificada por la Ley 27/2013.

<sup>58</sup> ALEMÁN BRACHO, M<sup>a</sup>. C., ALONSO SECO, J. M<sup>a</sup>. y GARCÍA SERRANO, M.: *Servicios sociales públicos*, Tecnos, Madrid, 2011.

<sup>59</sup> <https://www.msssi.gob.es/ssi/familiasInfancia/ServiciosSociales/docs/CatalogoServiciosSociales.pdf>

<sup>60</sup> Literalmente: «Conjunto de actuaciones profesionales dirigidas a facilitar la convivencia y la integración social de las familias abordando situaciones de crisis, riesgo o vulnerabilidad familiar, facilitándose habilidades básicas, de mediación y de conducta a los miembros de la familia o unidades de convivencia que tengan dificultades para atender adecuadamente las necesidades básicas de autonomía, manutención, protección, cuidado, afecto y seguridad de sus miembros». Comprenden las siguientes prestaciones de servicios: intervención y orientación sociofamiliar, mediación familiar, puntos de encuentro familiar y atención socioeducativa de menores.

<sup>61</sup> Literalmente: «Conjunto de actuaciones que tienen por objeto promover el desarrollo integral de los menores y proporcionarles la asistencia técnica y material que precisen para el desenvolvimiento normal en su medio familiar y social y para la adquisición o recuperación de las capacidades y habilidades personales y psicológicas, necesarias para un desempeño autónomo. Se incluyen en esta área las actuaciones vinculadas a la adopción y el acogimiento familiar». Comprenden las siguientes prestaciones de servicios: atención a menores en riesgo social y familiar, acogimiento residencial de menores, acogimiento familiar, adopción y atención temprana.

<sup>62</sup> ESTÉVEZ GONZÁLEZ, M<sup>a</sup>. C.: *Las rentas mínimas autonómicas: estudio de las normativas reguladoras y análisis jurídico de las prestaciones*, CES, Madrid, 1998.

heterogeneidad de estas ayudas económicas, relativamente modestas y en general compatibles entre sí y con otras ayudas económicas públicas o privadas de idéntica o similar finalidad, impide su análisis en esta sede, remitiendo a los numerosos estudios y análisis sobre el particular<sup>63</sup>.

## 2. LAS AYUDAS Y BENEFICIOS EMPRESARIALES A LA FAMILIA PRODUCTO DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y LA RESPONSABILIDAD SOCIAL CORPORATIVA

Si atomizada y heterogénea es la ayuda a la familia dispensada por el sistema público de asistencia social y servicios sociales, en manos de las comunidades autónomas y las corporaciones locales, todavía más atomizada y heterogénea, además de muy modesta *grosso modo*, es la protección social complementaria a la familia procurada por los empresarios y producto bien de la negociación colectiva bien de la responsabilidad social corporativa, bajo esta etiqueta formal o no. Al igual que en el epígrafe anterior, se remite a los estudios sobre el particular, que recogen las más habituales ayudas y beneficios empresariales a la familia como las ayudas por matrimonio (a veces por formalización de la pareja de hecho), por nacimiento (o adopción o acogimiento) de hijos (normalmente a partir del primero), por hijos a cargo, por estudios de los hijos (escuelas infantiles incluidas, en muchos casos), por hijos u otros familiares a cargo con discapacidad, etc<sup>64</sup>. Ayudas o beneficios empresariales casi siempre en dinero, aunque sin descartar en algunos supuestos las prestaciones en especie, sobre todo en las ayudas por estudios u otras actividades de los hijos.

Solo un par de breves apostillas sobre la modesta protección empresarial a la familia, reflejo de la también modesta protección dispensada por los poderes públicos españoles. Primera, responden las ayudas empresariales a la familia no tanto al concepto de mejoras voluntarias de seguridad social cuanto al de ayudas y beneficios sociales, la habitualmente denominada acción social en la empresa o *welfare aziendale* en la terminología italiana siempre tan amante de los anglicismos<sup>65</sup>. Téngase en cuenta que el artículo 43 LGSS solo prevé las mejoras voluntarias respecto de la modalidad contributiva de la seguridad social y las prestaciones familiares de la modalidad contributiva (arts. 235 a 237 LGSS) no consisten en prestaciones económicas directas, sino en cotizaciones sociales ficticias, lo que tiene mal encaje con las mejoras voluntarias más canónicas.

La no adscripción de las ayudas y beneficios empresariales a la familia dentro del campo de las mejoras voluntarias de la acción protectora de la seguridad social no es un asunto puramente bizantino, pudiendo llegar a desplegar consecuencias en caso de acuerdo empresarial de descuelgue del artículo 82.3 ET, pues en principio no serían susceptibles de descuelgue dichas ayudas y beneficios, no asimilables sin más a las mejoras voluntarias del artículo 82.3. g) ET. Es verdad que resultaría difícil de justificar el descuelgue o inaplicación del salario y de las mejoras voluntarias de la seguridad social *stricto sensu* y no así de las ayudas sociales, de muy menor relevancia si comparadas con el salario y las mejoras voluntarias<sup>66</sup>. Pero parece que consciente o inconscientemente es lo que ha dicho el legislador.

Y segunda apostilla, las ayudas y beneficios empresariales a la familia como la acción social en la empresa en general es en la práctica un territorio mucho más frecuentado por la negociación colectiva empresarial que por la negociación sectorial. En todo caso, la negociación empresarial no goza en esta materia de la prioridad aplicativa del artículo 84.2 ET, pues las ayudas y beneficios empresariales antes mencionados no responden en sentido estricto al ámbito de las medidas para favorecer la conciliación de la vida laboral, familiar y personal (art. 84.2.f) ET).

<sup>63</sup> ALMENDROS GONZÁLEZ, M. A.: *La protección social* ..., op. cit., pp. 202 ss.

Asimismo, la edición de 2018 de la *Guía de ayudas sociales* ..., op. cit. También, aunque se trate de una obra más lejana en el tiempo, la edición de 2006-2007 del Informe del Instituto de Política Familiar titulado *Las ayudas a la familia en las comunidades autónomas*, pp. 10 ss. Disponible en internet: <http://www.ipfe.org/Espa%C3%B1a/Documentos/IPF?page=5>

<sup>64</sup> ALMENDROS GONZÁLEZ, M. A.: *La protección social* ..., op. cit., pp. 218 ss.

<sup>65</sup> ALMENDROS GONZÁLEZ, M. A.: «Acción social en la empresa, negociación colectiva y crisis económica», en *Trabajo y Derecho*, 2017, núm. 31-32, pp. 30 ss.

<sup>66</sup> MORENO DE VEGA Y LOMO, F.: «La mejora de acción social en el renovado marco estructural de la negociación colectiva estatutaria», en *Trabajo y Derecho*, 2015, núm. 11, pp. 55 ss.

## COMUNICACIONES

# CAPÍTULO IV. LA PROTECCIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL POR HIJOS A CARGO DE LOS TRABAJADORES MIGRANTES EN EL DERECHO INTERNACIONAL

JUAN CARLOS ÁLVAREZ CORTÉS

*Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de Málaga*

CELIA LUNA VIVES GONZÁLEZ

*Assistant Professor  
Université de Montreal*

ANA CRISTINA RUIZ MOSQUERA

*Stagiaire Université de Montreal  
and Ph. D. candidate Universidad de Málaga*

## I. INTRODUCCIÓN

### 1. ASPECTOS GENERALES DE LA MIGRACIÓN COMO FENÓMENO SOCIAL EXTENDIDO

La migración es una constante de la historia de la humanidad, individuos y familias dejan su país de origen por razones de distinta índole. Las migraciones internacionales son resultado del sistema de Estados-Nación independientes y soberanos establecido en el Tratado de Westfalia. Este Tratado introduce, en el siglo XVII, una forma de organización política definida por la tríada formada por una población, un territorio y un gobierno soberano. Las fronteras que delimitan los territorios de los distintos Estados-Nación sirven de separación entre los gobiernos y sus poblaciones, dando lugar a la aparición, por primera vez en la historia, de la figura del migrante internacional (aquella persona que ha cruzado la frontera de un Estado para acceder al territorio de otro).

Definida como problema social y político, la migración internacional ha de ser reglamentada no sólo desde el derecho interno de cada país, sino también desde el propio Derecho Internacional. El art. 13 de la Declaración Universal de Derechos del Hombre de 1948 reconoce el derecho de toda persona a salir de cualquier país, incluso del suyo propio. Este reconocimiento del derecho a emigrar carece de valor real desde el momento en el que la DUDH no reconoce la obligación de los Estados a acoger inmigrantes (con la excepción de las cada vez más amenazadas figuras jurídicas del demandante de asilo y el refugiado, cuyo derecho a ser acogido en un país del que no son ciudadanos queda recogido en el Convenio de Ginebra de 1951 sobre los Refugiados y el Protocolo de Nueva York de 1967, art. 31). Esta falta de concordancia se debe a la necesidad de

evitar la injerencia en un terreno tan delicado como la soberanía nacional dejando que cada Estado organizara su propia vida, economía y seguridad<sup>1</sup>. De este modo, con la excepción de aquellos y aquellas migrantes que necesitan protección internacional, el resto de las categorías administrativas son definidas y reguladas mediante la legislación propia de cada país. La importancia de la población extranjera en la política interna de los países de recepción se hace evidente a partir de la primera mitad del s. XX<sup>2</sup>, cuando la masiva entrada de inmigrantes comienza a ser considerada como un factor de desarrollo, fruto de profundos desequilibrios económicos entre países emisores y de recepción<sup>3</sup>.

Los países desarrollados han respondido al reto de la inmigración no deseada con la creación de medidas preventivas (por ejemplo, la ayuda al desarrollo para evitar la salida de emigrantes en origen) y defensivas (para defender las fronteras contra estos inmigrantes)<sup>4</sup>. Dejando a un lado el coste humano y material de la política fronteriza antimigratoria, los flujos migratorios funcionan como un sistema de vasos comunicantes (Schmoll, Thiollet y Wihtol de Wenden 2015<sup>5</sup>): el cierre parcial de una ruta migratoria provoca un aumento de los flujos en otra. Esto se debe, por una parte, a factores de atracción (*pull factors*) tales como demanda de mano de obra barata temporal e irregular<sup>6</sup> y la existencia de Tratados de libre circulación dentro del espacio Schengen. En segundo lugar, los factores de expulsión (*push factors*) no responden a este tipo de medidas: quienes huyen de la pobreza, de las guerras, de las violaciones sistemáticas de los derechos humanos o de las consecuencias del cambio climático (aquellos a los que Betts<sup>7</sup> llama “migrantes de supervivencia”) se lanzan a las fronteras porque carecen de otras opciones. Cada vez resulta más difícil distinguir entre las distintas categorías de la migración (voluntaria o forzada, política o económica), llegándose a hablar de la preponderancia de flujos migratorios mixtos<sup>8</sup>.

La Unión Europea ha establecido una agenda centrada en el cierre de las fronteras. A pesar de esto, la población extranjera no europea (refugiados, demandantes de asilo, trabajadores temporales y inmigrantes indocumentados) seguirán llegando y tratando de integrarse en el

<sup>1</sup> Vid, en sentido similar, el estudio del Instituto de Estudios Políticos (IEP) llamado “Emigración política social y seguridad social”, publicado en CPS, nº 46, 1960, págs 8 y 9.

<sup>2</sup> Un análisis histórico de las corrientes migratorias, destacando la importancia del número de sujetos implicados, puede verse en CHIROUX; R., en “Les travailleurs étrangers et le développement des relations internationales”, en AAVV *Les travailleurs étrangers et le droit international*, Ed. Pedone, París, 1979, págs. 4 a 16.

<sup>3</sup> - Como señala RAMOS QUINTANA, M.I., en *El trabajo de los extranjeros en España*, Tecnos, Madrid, 1989, pág. 36. Al analizar las cuestiones de ideología y las teorías de la política migratoria, MARTINEZ VEIGA, V. recoge dos magníficas citas ubicadas a finales del siglo pasado en las que se observan las dos caras del problema: “Pero quizás lo más importante es la constatación de que las autoridades alemanas pensaban que ‘una cantidad grande de sujetos indigentes constituyen un peligro social y una carga para el erario público y que por lo tanto era mejor dejarlos partir’. Lo curioso es que en los países receptores se daban perfectamente de esto. El americano R. Mayo Smith afirmó en 1890 que ‘es repugnante la ansiedad de ciertos países por liberarse de la población sobrante y escapar de la obligación de soportar los pobres, los indigentes y los depravados’”, en *La integración social de los inmigrantes extranjeros en España*, Ed. Trotta, Madrid, 1995, pág. 223.

<sup>4</sup> Véase VIVES, L. (2017) "The EU - West African sea border: anti-immigration strategies and territoriality. European". *Journal of Urban and Regional Studies*, 24: 209-224. También SCHMOLL, C., THIOULET, H. T., WIHTOL DE WENDEN, C. *Migrations en Méditerranée. Permanences et mutations à l'heure des révolutions et des crises*. Paris : CNRS Éditions. 2015

<sup>5</sup> Schmoll, C., Thiollet, H. t Wihtol de Wenden, C. (2015) *Migrations en Méditerranée. Permanences et mutations à l'heure des révolutions et des crises*. Paris : CNRS Éditions.

<sup>6</sup> Como apunta IZQUIERDO ESCRIBANO, A., los inmigrantes “son rentables en épocas de crisis para disciplinar, para presionar sobre los salarios; son rentables en épocas de abundancia porque hay gente que no quiere hacer esos trabajos; son rentables porque son más móviles, porque son más flexibles. La política del mercado de trabajo es como toda política, se lleva según los grupos de presión y según la rentabilidad de las empresas y lo que ocurra en cada momento. En el análisis del ‘fenómeno’ de las migraciones se está sobrevalorando excesivamente el motivo económico de las migraciones”, en “Percepciones y realidades”, en AAVV, *Migraciones: Tópicos y realidades*, op. cit., pág. 29.

<sup>7</sup> Vid., BETTS, A. *Survival migration. Failed governance and the crisis of displacement*. Ithaca, NY: Cornell University Press. 2013

<sup>8</sup> Crawley, H. y Skleparis, D. "Refugees, migrants, neither, both: categorical fetishism and the politics of bounding in Europe's 'migration crisis'". *Journal of Ethnic and Migration Studies* 44, 2018.



mercado laboral. Es por tanto imperativo que se cree una política coherente e integral de cara a la protección del trabajador migrante<sup>9</sup>.

## 2. EL OBJETO DE ESTA APORTACIÓN: LA PROTECCIÓN SOCIAL A LOS FAMILIARES DE LOS MIGRANTES POR LOS SISTEMAS DE SEGURIDAD SOCIAL RESPECTO DE SUS HIJOS A CARGO

Para comprender adecuadamente los movimientos migratorios internacionales deben ser analizados los diversos aspectos de este fenómeno en el marco de disciplinas como la demografía, geografía, historia, economía, derecho, ciencias políticas, sociología y psicología social<sup>10</sup>.

De los distintos tipos de migración, en esta aportación nos centramos en la realizada para conseguir la subsistencia de familias o para la consecución de una forma de vida digna, la referida a motivos laborales. Particularmente, el objeto de este trabajo es la protección a la familia por la Seguridad Social, en especial a los hijos de los migrantes.

## II. LA PROTECCIÓN POR HIJOS A CARGO DE LOS TRABAJADORES MIGRANTES

### 1. LA PROTECCIÓN POR HIJOS A CARGO DESDE EL DERECHO INTERNACIONAL Y DEL INTERNO

Referentes a la Seguridad Social, existen numerosos textos internacionales vigentes creados en el seno de Organizaciones internacionales, ya sean universales o regionales, o a través de la cooperación entre Estados. Aparte de una serie de normas internas creadas con vocación internacionalista.

La actuación internacional en materia de Seguridad Social tiene por objeto de una forma general, por una parte, promover el desarrollo de las legislaciones nacionales de Seguridad Social, es decir, elevar el nivel de protección social en los Estados considerados, mediante la fijación de normas mínimas o superiores de Seguridad Social y, por otra, garantizar, especialmente por medio de la coordinación de legislaciones de la Seguridad Social, una protección completa y continua a los trabajadores migrantes o extranjeros y a sus familias. La doctrina conoce los dos tipos de actuaciones como Derecho internacional armonizador o “estándar” y Derecho internacional coordinador<sup>11</sup>.

#### A) A nivel mundial

Para empezar, los artículos 22 y 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 reconocen el derecho de todas las personas, como miembro de la sociedad – independientemente de su nacionalidad- a la Seguridad Social y a obtener la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad. En esta línea, toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, “así como a su familia”, la salud y el bienestar, “y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la

<sup>9</sup> En la *Declaración de Principios y Programa de Acción* adoptados por la Conferencia Mundial de Empleo en 1976, en el párrafo 35 de la segunda sección, titulada “Movimientos internacionales de mano de obra y de empleo”, se proponen los una serie de fines y objetivos a los que deben atender las políticas nacionales e internacionales:

“Las políticas nacionales e internacionales en este campo deberían tener una triple finalidad:

i) ofrecer otras posibilidades más atractivas que la emigración en los países de origen;  
ii) proteger a los migrantes y a sus familias de las dificultades y penurias a veces consecutivas a las migraciones;  
iii) garantizar que las migraciones, u otras posibilidades, no perjudiquen ni a los demás habitantes ni al desarrollo económico y social, tanto en el país de origen como en el país de empleo”.

<sup>10</sup> Como señala, por todos, ABADAN-UNAT, N., en el “Resumen de los resultados del Congreso sobre el Futuro de las Migraciones”, en *Informes OCDE: El futuro de las Migraciones*, Ed: MTSS, Madrid, 1989, pág. 31.

<sup>11</sup> Pero lo cierto es que la coordinación y la armonización de las legislaciones de Seguridad Social se interpenetran, pudiendo un mismo instrumento internacional realizar la unificación o la armonización de ciertos elementos y la coordinación de algunos otros.

*asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad”.*

De forma específica, el art. 25.2 de la DUDH establece que “la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social”.

Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966 viene a realizar numerosas referencias a la protección de la familia. Así, la encontramos respecto del derecho de los trabajadores a goce de condiciones equitativas y satisfactorias que le aseguren, entre otras cuestiones, “condiciones de existencia dignas para ellos y para sus familias” (art. 7 a) ii)). Evidentemente en este texto se recoge el derecho a la Seguridad Social de todas las personas (art. 9), protección que como se conoce incluye en su catálogo de prestaciones la protección a la familia. Pero, las normas más importantes referidas a la familia, como elemento natural y fundamental de la sociedad, se recogen en los artículos 10 y 11 del PIDESC.

Así, de un lado, los Estados han de conceder a la familia la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo. Mereciendo especial atención dentro de la misma:

- las madres, durante un período de tiempo razonable antes y después del parto, que han de tener una especial protección, por lo que habría de concederles una licencia remunerada o con prestaciones adecuadas de la Seguridad Social:
- los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición, también requieren de especial protección y asistencia, limitando la edad de acceso al trabajo o la posibilidad de trabajar en trabajos nocivos para su moral y salud, o en los cuales peligre su vida o se corra el riesgo de perjudicar su desarrollo normal.

De otro lado, los Estados han de reconocer el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, incluso alimentación, vestido y vivienda adecuados, y procurar una mejora continua de las condiciones de existencia. Promoviendo la cooperación internacional para evitar el hambre mundial.

A nivel mundial, en el seno de Naciones Unidas, el Ecosoc<sup>12</sup> tiene competencias amplísimas respecto de materias sociales<sup>13</sup>, pero lo cierto es que la Seguridad Social es un campo donde apenas ha actuado, y las escasas actuaciones lo han sido en referencia, como se verá, al Derecho coordinador. El motivo por el que Naciones Unidas no ha frecuentado este campo reside en las competencias específicas que sobre la cuestión tiene asignadas la OIT que, por cierto, goza del estatuto de Organismo especializado de Naciones Unidas<sup>14</sup>. Esta Organización es la que se ha encargado de concretar o regular de forma específica, y a nivel mundial, los distintos derechos humanos “sociales” recogidos en los “instrumentos de principios” a los que anteriormente se ha hecho referencia<sup>15</sup>.

Con seguridad, el texto más importante de derecho armonizador de la Seguridad Social lo constituye el Convenio n° 102 de 1952, que propuso definir de forma global un sistema general de

<sup>12</sup> Consejo Económico y Social de Naciones Unidas

<sup>13</sup> Entre ellas las de convocar conferencias internacionales respecto de asuntos de carácter económico, social, sanitario, etc, de acuerdo con los arts. 62 y siguientes de la Carta de las Naciones Unidas Sobre las competencias y estructuración de este órgano dependiente de Naciones Unidas, véase, por todos, DIEZ DE VELASCO, M., *Las Organizaciones Internacionales*, Tecnos, Madrid, 1994, octava ed., pág. 177 y ss.

<sup>14</sup> En 1946 la Conferencia Internacional del Trabajo aprobó el acuerdo con Naciones Unidas, en base al art. 63 de la Carta, para convertirse en Organismo especializado de la misma. Conserva su autonomía plena pero existen unas relaciones regladas que suponen la coordinación y cooperación entre ambos con el fin de asegurar la eficacia de las actividades de la misma. Vid, DIEZ DE VELASCO, op. cit, págs. 242 y 251.

<sup>15</sup> Aunque debe de tenerse en cuenta que la actuación en materia de Seguridad Social de la OIT es anterior a los citados instrumentos ya que su constitución fue en 1919.

Seguridad Social que amparase el conjunto de las eventualidades y de las prestaciones y se ampliase gradualmente a toda la población. Por ello, el convenio trata, simultáneamente, de las nueve ramas principales de la Seguridad Social: asistencia médica, accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, vejez, desempleo, prestaciones familiares, sobrevivientes, invalidez, maternidad y prestaciones económicas por enfermedad. Para cada rama, el convenio define la eventualidad y precisa el campo de aplicación mínimo de protección, el nivel de las prestaciones, su duración y las condiciones de su atribución<sup>16</sup> <sup>17</sup>. Lo verdaderamente importante de este texto es que ha introducido la conciencia de un nivel mínimo de Seguridad Social en los países desarrollados o “ideal de cobertura”<sup>18</sup>.

De una forma específica, el Convenio n° 102 de la OIT sobre Seguridad Social (norma mínima) de 1952, cuando se refiere a las distintas ramas de protección que pueden adoptarse en los distintos sistemas nacionales de Seguridad Social, hace numerosas referencias a la protección de los familiares de los incluidos:

- Respecto de la asistencia sanitaria, el art. 9 indica que las personas protegidas deberán comprender, cuando se refiere a los asalariados o a la población económicamente activa, también a sus cónyuges y a sus hijos.
- Respecto de las prestaciones por maternidad, el art. 48 indica que las personas protegidas deberán comprender, cuando se refiere a los asalariados o a la población económicamente activa, también a sus cónyuges y a sus hijos.
- Respecto de las prestaciones por sobrevivientes, el art. 60 indica que la contingencia cubierta deberá comprender la pérdida de medios de existencia (subsistencia) sufrida por el cónyuge supérstite o los hijos como consecuencia de la muerte del sostén de la familia, pudiendo referirse tanto a los casos de fallecimiento de un asalariado, de un miembro de la población económicamente activa o, simplemente, respecto de residentes.
- De forma específica, respecto de las prestaciones familiares, la contingencia cubierta es la de “tener hijos a cargo”, ex art. 40 (las condiciones las indicará cada Estado de forma particular en su legislación interna), los beneficiarios de tales prestaciones será tanto asalariados como determinadas categorías de la población económicamente activa e incluso residentes, según la legislación propia de cada Estado. La función de dicha prestación económica evidentemente es el cuidado de hijos aunque podría sustituirse por el suministro de “alimentos, vestido, vivienda y el disfrute de vacaciones o de asistencia doméstica” (art. 42).

Finalmente, de forma particular Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. Instrumento de ratificación del 30 de noviembre de 1990, que recoge la protección que se ha de dar a los menores de 18 años, todas las medidas que les afecten deberán tener como consideración primordial el “interés superior del niño”, comprometiéndose los Estados, ex art. 3.2 a “asegurar al niño la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar, teniendo en cuenta los derechos y deberes de sus padres”. De forma específica, tras reconocerse el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud, por el art. 24, se reconoce a todos los niños el derecho a beneficiarse de la Seguridad Social, “concediendo prestación, teniendo en cuenta los recursos y situación del niño y de las personas que sean responsables de su mantenimiento”, ex art. 26.2

<sup>16</sup> Para poder ratificarlo, un Estado ha de aceptar al menos tres ramas, una de las cuales debe escogerse necesariamente entre: desempleo, accidente de trabajo y enfermedad profesional, vejez, invalidez y supervivencia. El Convenio permite además ciertas excepciones para los Estados cuya economía y recursos estén suficientemente desarrollados.

<sup>17</sup> Las prestaciones otorgadas deberán ser, como mínimo, en especie, asistencia sanitaria, y económicas, consistentes en pagos periódicos. Las prestaciones económicas pueden calcularse de diversas formas pero siempre deberán ser superiores a unos mínimos establecidos por el propio convenio.

<sup>18</sup> Como señala ALONSO OLEA, M.: *Instituciones de Seguridad Social*, Civitas, octava ed., 1982, pág. 17.

## B) A nivel europeo

- En el ámbito del Consejo de Europa, la Carta Social Europea de 1961 se establecen diversas normas referidas a la protección social de la familia, empezando por el derecho de las trabajadoras a una protección por parto a través de prestaciones económicas (que pueden ser de la Seguridad Social), se prohíbe el despido de una mujer a causa de su ausencia por permiso de maternidad y, entre otras cuestiones, se garantiza a las madres “que críen a sus hijos” el tiempo libre suficiente para hacerlo.

Además de comprometerse los Estados a establecer un régimen de Seguridad Social con un “nivel satisfactorio” (equivalente, por lo menos, al exigido para la ratificación del Convenio nº 102 de la OIT) y a “esforzarse por elevar progresivamente” el nivel de protección del sistema de Seguridad Social, se recogen derechos a la asistencia médica y a los servicios sociales y asistencia social (art. 13 y 14) con la idea de velar por las personas sin recursos económicos suficientes puedan obtener una asistencia adecuada tanto en caso de enfermedad como para prevenir, eliminar o aliviar su estado de necesidad personal o familiar, procurando también a través de servicios sociales públicos elevar el bienestar y desarrollo de los individuos y los grupos en la comunidad (incluidas evidentemente las familias), así como su adaptación al medio o entorno social.

De forma específica, los arts. 16 y 17 de la Carta Social Europea, establecen: de un lado, “el derecho de la familia a una protección social, jurídica y económica”, con el objeto de lograr las condiciones de vida indispensables para un pleno desarrollo de la familia, célula fundamental de la sociedad, “especialmente mediante prestaciones sociales y familiares, disposiciones fiscales, apoyo a la construcción de viviendas adaptadas a las necesidades de las familias, ayudas a los recién casados o por medio de cualesquiera otras medidas adecuadas”. De otro lado, se recoge “el derecho de las madres y los niños a una protección social y económica”, teniendo que adoptar los Estados cuantas medidas fueren necesarias, “incluyendo la creación o mantenimiento de instituciones o servicios apropiados”.

Finalmente, en el ámbito del Consejo de Europa, el Código Europeo de Seguridad Social de 1964, además de otras prestaciones, recoge de forma expresa las prestaciones familiares (arts. 39 a 45) cuya contingencia cubierta será la de “tener hijos a cargo” en las condiciones que cada Estado determine, concediendo bien una prestación económica periódica o bien la provisión para los hijos de alimentos, ropa, alojamiento, o el disfrute de vacaciones o asistencia doméstica, o bien, finalmente, una combinación de ambas. Este texto se adoptó teniendo como misión mejorar las condiciones del Convenio nº 102 de la OIT en Europa, debido al desarrollo económico de esta región geográfica.

- En el ámbito de la Unión Europea ha de tenerse en cuenta que la protección de la Seguridad Social, salvo para la conexión con la libre circulación de los trabajadores migrantes europeos, nunca ha sido una materia que corresponda regular a la Unión Europea. Ello puede verse en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea de 2012 cuyo art. 151 y 153, la actuación de la UE se limita al fomento de una protección social adecuada y la lucha contra las exclusiones, mejorando las condiciones de vida y trabajo. Siendo su labor la de apoyar y “completar la acción de los Estados” respecto de, entre otras cuestiones, “la Seguridad Social y la protección social de los trabajadores” y “la modernización de los sistemas de protección social”, además de la lucha contra la “exclusión social” (que son los aspectos que más pueden afectar a la protección a la familia).

En cambio, en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2016, la Unión reconoce una serie de derechos, libertades y principios relacionados con la protección a la familia. Ya no solo respecto del genérico derecho a fundar una familia (art. 9) sino también respecto del derecho a la educación de los hijos (art. 14), particularmente, en coherencia con otros textos internacionales, el derecho de los niños a la protección y cuidados necesarios para su bienestar (art. 24). Y en el mismo sentido de la Carta Social Europea, solo que con 55 años de retraso, se garantiza “la protección de la familia en los planos jurídico, económico y social” (art. 33), pudiendo conciliar la vida familiar con la profesional, estableciendo la protección contra es despido por

cualquier causa relacionada con la maternidad y adoptando permisos parentales con motivos del nacimiento o adopción de un niño. Aunque dentro de reconocimiento y respeto de la Unión Europea al derecho de acceso a las prestaciones de Seguridad Social y a los servicios sociales no se hace una mención expresa a la protección a la familia (salvo para la maternidad), el art. 34.3 reconoce y respeta, como modo de combatir la exclusión social y la pobreza, el derecho a ayudas sociales y al acceso a una vivienda para garantizar una existencia digna “a todos aquéllos que no dispongan de recursos suficientes”.

- Como ha podido verse tanto a nivel mundial como a nivel europeo existen numerosos textos que hacen referencia a la necesidad de protección a la familia en general y desde la perspectiva de la Seguridad Social. Y dentro de la protección de la Seguridad Social a la familia se distinguen diversas prestaciones: protección a la salud, maternidad, viudedad, orfandad e incluso de la asistencia social y servicios sociales. Entre todas ellas, se encuentran también las asignaciones o prestaciones familiares por hijos a cargo que han de relacionarse con la idea de proteger a los menores de edad, pero que, a decir verdad, no llega a concretarse en ninguno de estos instrumentos internacionales dejándose actuar a cada Estado en la determinación de dicha protección. En el caso de España, el art. 42.1 d) LGSS, dentro de su catálogo de prestaciones, recoge las “prestaciones familiares de la Seguridad Social, en sus modalidades contributiva y no contributiva”. Teniendo en cuenta que las prestaciones familiares de carácter contributivo vienen a suponer ficciones en cotización para mantener la carrera de seguro de las personas trabajadoras que han reducido su jornada o han suspendido su contrato de trabajo para conciliar la vida familiar con la laboral, la que nos interesan son las “no contributivas” que son prestaciones económicas que se otorgan en tres situaciones, ex art. 351 LGSS:

- Una asignación económica por cada hijo menor de dieciocho años o mayor de dicha edad y que esté afectado por una discapacidad en un grado igual o superior al 65 por ciento, a cargo del beneficiario, cualquiera que sea la naturaleza legal de la filiación, así como por los menores a su cargo en régimen de acogimiento familiar permanente o guarda con fines de adopción.
- Una prestación económica de pago único a tanto alzado por nacimiento o adopción de hijo, en supuestos de familias numerosas, monoparentales y en los casos de madres con discapacidad.
- Una prestación económica de pago único por parto o adopción múltiples.

## **2. EN ESPECIAL, LA PROTECCIÓN POR HIJOS A CARGO DE LOS TRABAJADORES MIGRANTES**

A causa de la diferente concepción de los sistemas de Seguridad Social por las legislaciones de los diferentes países, los migrantes podrían perder, si no se adoptan las disposiciones oportunas, sus derechos de Seguridad Social, quedando el trabajador y su familia en situación de necesidad.

Lo más curioso de todo es que, en la mayor parte de los casos, el migrante que abandona el país sólo piensa en su bienestar o calidad de vida actual y, aunque muchos piensan en labrarse un futuro económicamente holgado, ninguno se percata de las consecuencias que, en caso de fracaso, puede tener la decisión de emigrar en sus derechos de Seguridad Social. Son muchas las situaciones en las que el trabajador migrante puede tener problemas ya que son muchas las prestaciones que en los diferentes países se califican de inexportables desde el país de empleo (asistencia sanitaria, desempleo y asignaciones familiares); por otro lado, la salida del país de origen puede suponer la pérdida de los derechos a pensión acumulados en el mismo, teniendo que esperar en el país de destino el que se cumplan los requisitos para adquirir en el mismo la pensión. De todas estas diversas situaciones puede derivar una denegación de justicia social y una discriminación

injustificada entre nacionales y extranjeros<sup>19</sup>. Dicho de otro modo, la independencia de los sistemas nacionales de Seguridad Social puede tener pesadas consecuencias para los trabajadores migrantes y frenar considerablemente las migraciones, siendo cada vez más deseable, tanto del punto de vista económico como humanitario, facilitar las migraciones y mejorar lo más posible la suerte de los emigrantes<sup>20</sup>.

El Derecho internacional coordinador de la Seguridad Social parte de la necesidad de regular las situaciones de los emigrantes en el sentido de que sean protegidos, al menos, del mismo modo que los nacionales y que su migración no les produzca una disminución o pérdida de sus derechos adquiridos o por adquirir. Así, los acuerdos bilaterales y multilaterales han procurado evitar la discriminación entre nacionales y extranjeros.

Se han logrado progresos muy importantes en la coordinación de las legislaciones pero aún no existe una protección completa ante la pérdida de los derechos de Seguridad Social cuando se produce el traslado de una persona al extranjero<sup>21</sup>. Los principales problemas provienen, por un lado, de que los convenios internacionales realizados hasta ahora no cubren todas las posibilidades migratorias que puedan existir entre todos y cada uno de los países del mundo, excluyendo importantes movimientos de personas entre los países<sup>22</sup>. Por otro lado, existen prestaciones, sobre todo las referidas a ingresos mínimos y las no contributivas, que son excluidas de casi todos los acuerdos internacionales a causa de sus características peculiares<sup>23</sup>.

El tema, sin duda, sigue estando de actualidad, sobre todo en países de inmigración como el nuestro. Como apuntó en su momento ERIKSEN, “*la aceleración de las migraciones en todo el mundo y el movimiento de grupos de población cada vez más importantes son temas de seria preocupación, en particular para las instituciones de Seguridad Social que están llamadas a salvaguardar los derechos de los trabajadores migrantes*. Por consiguiente, parece deseable responder a esta preocupación creciente y examinar los diferentes problemas que plantea garantizar el derecho de los trabajadores migrantes a las prestaciones sociales sobre una base permanente y sistemática”<sup>24</sup>.

A) La protección de los trabajadores migrantes en materia de Seguridad Social ha sido una cuestión que ha preocupado a todos los niveles o ámbitos normadores de la Comunidad internacional: Naciones Unidas, -y, especialmente en su ámbito, la OIT-, Consejo de Europa, Comunidad Europea y relaciones bilaterales entre Estados, a parte de las soluciones a este problema que podamos encontrar en el Derecho interno de cada país

La incorporación de España a la Comunidad Europea y el desarrollo económico de la misma supuso en su momento un cambio sustancial en las tendencias migratorias en nuestro país. Desde

<sup>19</sup> Como se señala en el informe que para la OIT realizaron diversos expertos, publicado como *La Seguridad Social en la perspectiva del año 2000*, OIT, Ginebra, 1984, págs 37 y 38.

<sup>20</sup> Como afirma DUPEYROUX, J.J., en *Sécurité Social*, quinta ed., Sirey, París, 1985, pág. 237 y ss.

<sup>21</sup> Como grupo, los trabajadores migrantes son muy vulnerables social y económicamente, y aunque la Seguridad Social no pueda darles la protección completa que su situación requiere, es un elemento esencial de la protección social de la que son acreedores por tratarse de un derecho fundamental, como se señala la propia OIT en *Introducción a la Seguridad Social*, Ginebra, 1987, pág. 182.

<sup>22</sup> Aunque el número de convenios suscritos entre los distintos Estados es muy alto, puede observarse que, ni incluso en el caso de países de origen y destino de los migrantes, no hay convenios bilaterales que vinculen a todos los Estados del mundo con los restantes. Así puede verse en el *Repertoire des instruments internationaux de Sécurité Social*, BIT, Ginebra, 1987. Por otro lado, un número relativamente importante de los convenios e instrumentos internacionales, sobre todo los multilaterales, dentro de la noción de trabajadores migrantes quedan fuera grupos o categorías de migrantes: fronterizos, artistas y profesionales del espectáculo y deportes contratados temporalmente, profesionales liberales que hayan ingresado en un país por corto período de tiempo, gente del mar, personas en formación, trabajadores de temporada y destacados.

<sup>23</sup> Como se ha dicho, para la conclusión de acuerdos, las mayores dificultades se han encontrado cuando en un país los derechos dependen exclusivamente de hecho de residir en él y en el otro de las cotizaciones o del tiempo trabajado. Surgen problemas especiales cuando las prestaciones son de un nivel muy diferente en cada país, en informe de Expertos a la OIT denominado *La Seguridad Social en la perspectiva del año 2000*, cit., 1984, págs. 38 y 39.

<sup>24</sup> ERIKSEN, T., en *Los derechos a pensión de los trabajadores migrantes*, AISS, Ginebra, 1993, pág. 31.

1980 se está produciendo una inversión en la migración: nuestro país, que siempre ha sido un importante exportador de mano de obra, ha observado una regresión importante en el número de nacionales que abandonan nuestro territorio para buscar trabajo en otros Estados. Pese a ello, el número de nacionales que aún residen en países extranjeros es importante. Además, desde la crisis económica mundial de 2009 se ha producido un enorme crecimiento de los españoles que han decidido emigrar buscando fortuna en otros países comunitarios o no<sup>25</sup>. En el año 2009 había 1,47 millones de residentes españoles en el extranjero, según el INE, de los que 751.200 eran hombres y 720.500 eran mujeres. La cifra no paró de crecer durante los ocho ejercicios posteriores hasta situarse en 2,4 millones de personas a 1 de enero de 2017, lo que supone el nivel más elevado de la serie histórica.

Pues bien, como vemos, la Seguridad Social de los trabajadores migrantes, desde la perspectiva española no es una cuestión que tenga una sola vía: tanto para los españoles que emigran como para los extranjeros que vienen a nuestro Estado.

En ambos casos, respecto de la familia ha podido ocurrir que, dependiendo de la lejanía del lugar de destino, la misma hubiera acompañado o no a trabajador migrante en su traslado. Además, respecto de los extranjeros que vienen a nuestro país, podemos encontrarnos con la variable de encontrarse en situación regular o irregular, lo que también tendrá efectos en sus derechos a la Seguridad Social y por supuesto a la protección a la familia.

Por tratarse de una prestación no contributiva, de solidaridad social, normalmente han sido considerado a nivel internacional como “prestaciones de carácter inexportable”, lo cual no significa que hayan sido incluidas en las normas internacionales de protección de los trabajadores migrantes en materia de Seguridad Social.

- a) la que se refiere a los trabajadores nacionales que han emigrado a países de la Comunidad Europea (que se regirá por la normativa comunitaria específica al efecto) y;
- b) la que se refiere a los españoles que se establezcan en países no comunitarios, cuya protección en materia de Seguridad Social va a estar supeditada a varios elementos:
  - el primero que España tenga firmado un convenio bilateral con dicho país;
  - el segundo que tanto el país de origen como el de destino hayan suscrito convenios multilaterales de organizaciones regionales (como el Consejo de Europa) o universales (como la OIT) referentes a la protección de los trabajadores migrantes;
  - el tercero que, no habiéndose producido ninguno de los dos elementos anteriores, el migrante nacional haya tenido “la suerte” de llegar a un país donde no es excluido de la protección del sistema de Seguridad Social por el simple hecho de su nacionalidad.

La otra cara del problema se refiere a la protección familiar del trabajador extranjero en nuestro país.

## B) La protección de los trabajadores migrantes a través de normas internacionales de diferentes ámbitos

El fenómeno migratorio hace que el Estado, si quiere ofrecer un sistema de protección que continúe respondiendo a las necesidades de las personas, deba de adoptar convenios de Seguridad Social con otros Estados para asegurar la protección de los nacionales propios que migren al mismo o de los extranjeros nacionales de los Estados con los que ha mediado acuerdo que se encuentren en su territorio. Las reglas de coordinación tiene por efecto asegurar la conexión entre las diferentes legislaciones nacionales sin crear un régimen común de Seguridad Social entre los

<sup>25</sup> [http://www.ine.es/prensa/cp\\_2017\\_p.pdf](http://www.ine.es/prensa/cp_2017_p.pdf)

Estado que se encuentran ligados por tales acuerdos, por ello para elaborar normas coordinadoras eficaces, además de otros aspectos, deberán de tenerse muy presentes las particularidades propias de cada una de las legislaciones<sup>26</sup>.

Y es que establecer sistemas de coordinación de legislaciones de Seguridad Social para los trabajadores migrantes exige salvar al menos tres importantes obstáculos<sup>27</sup>:

- a) El primero de ellos se refiere a la coordinación de legislaciones contributivas con asistenciales (o sistemas mixtos que tengan principalmente unas u otras). En tales casos, pueden verse complejos sistemas de coordinación, que por lo habitual supone la aplicación de reglas distintas para la concesión y determinación de las prestaciones para un país y para el otro<sup>28</sup>.
- b) El segundo de ellos se refiere al lugar de residencia o estancia del beneficiario de las prestaciones, ya que ello puede determinar la suspensión de alguna prestación o el cambio de responsabilidad en el servicio o abono de la misma.
- c) Y el tercero se refiere a que las fórmulas de coordinación dependen, en la mayor parte de los casos, del tipo de prestación y de la contingencia que la produce<sup>29</sup>.

#### *a) Sobre cuestiones básicas del Derecho internacional coordinador.*

Vamos a examinar las distintas normas internacionales que establecen la protección familiar de los trabajadores migrantes básicamente con la misma estructura que anteriormente se apuntó la actuación de la protección a la familia en los distintos textos internacionales. Pero de forma previa vamos a acercarnos a los principios básicos que se desprenden del Derecho internacional coordinador establecidos para la protección de los trabajadores migrantes:

- La igualdad de trato: aunque inicialmente la protección de los trabajadores migrantes se basaba en el principio de reciprocidad, esto es, sobre la base de la “simetría de los tratamientos jurídicos que las partes contratantes se prometen mutuamente”<sup>30</sup>. Pero, posteriormente, esta situación mutó hacia la instauración del principio de igualdad de trato absoluta para los extranjeros que se encontraran en situación regular, puesto que ellos con su trabajo aportaban a la sociedad que los acogían y también financiaban, en la misma medida que los nacionales, la protección social a través de sus cotizaciones o impuestos. Aunque, a decir verdad, aún en muchos convenios internacionales, se matiza la igualdad de trato respecto de las prestaciones no contributivas, excluyéndose éstas en el catálogo de prestaciones que se refieren a la protección de la Seguridad Social de los migrantes.

- La conservación de los derechos adquiridos: el trabajador puede haber adquirido derechos en un Estado, el principal problema es el de la conservación de la misma en el caso de que decida

<sup>26</sup> Como con acierto indica PERI, G., en “L’interprétation des instruments de coordination de Sécurité Sociales”, RBSS n° 8-9, 1991, págs. 459-460.

<sup>27</sup> Sobre el tema puede verse PERRIN, G., en su “Introduction au droit international de la Sécurité Sociale”, RBSS n° 1-2, 1991, págs. 22 a 34.

<sup>28</sup> Puede verse los convenios bilaterales suscritos con Australia y Canadá y en los que en su momento se firmaron con países nórdicos (Finlandia y Suecia) o las reglas específicas que para tales situaciones se establecen en el Convenio Europeo de Seguridad Social o en el Reglamento 1408/71.

<sup>29</sup> Así las fórmulas de coordinación son distintas para las prestaciones en especie (asistencia sanitaria) o para las prestaciones económicas (y dentro de éstas se distinguen las de duración determinada y las vitalicias o pensiones). Respecto de la contingencia que las producen también se establecen regulaciones específicas respecto de las contingencias provocadas por accidentes o enfermedades del trabajo.

<sup>30</sup> Como indica VIRALLY, M., en “Le principe de reciprocité dans le droit international contemporain”, R. des C., 1963-III, pág. 22. Como continúa diciendo más adelante, “la reciprocidad constituye el principal motor de la negociación”, así se procura buscar o cerrar un acuerdo mediante el cual cada parte contratante pueda obtener de la otra la concesión de ventajas solicitadas por su interés nacional mediante una contrapartida convenida (pág. 40). Lo cierto es que en materia social parece difícil encontrar situaciones de paralelismo ya que no existe un derecho común social en el ámbito internacional, los intentos armonizadores de las legislaciones de Seguridad Social aún no han dado sus frutos; las únicas ventajas recíprocas en materia de Seguridad Social de los trabajadores migrantes se refiere a la posibilidad de cubrir las corrientes de mano de obra que ligan a ambos países.



volver a su país de origen, esto es, el de la posibilidad de exportar las prestaciones. En los convenios de Seguridad Social se tiende a ampliar las condiciones de territorialidad, a favor, en realidad, de una condición de residencia en el territorio, constituido por el de todas las partes contratantes. Dicho de otra forma, se suele prever que las personas incluidas en el campo de protección de la Seguridad Social de un Estado pueden beneficiarse de todos los derechos adquiridos, cualquiera que sea su nacionalidad, siempre que residan en el territorio de uno de los Estados miembros. Algunos convenios son más generosos permitiendo incluso la residencia en un tercer Estado. El problema es que la mayoría de los instrumentos internacionales de Seguridad Social para los trabajadores migrantes sólo se consideran prestaciones exportables las contributivas, las no contributivas o asistenciales, financiadas a cargo de fondos públicos, como muestra de la solidaridad de los ciudadanos miembros de una misma sociedad, sólo son abonadas (en los casos en que se contemplan ya que no siempre son ofrecidas por los Estados en los catálogos de prestaciones) cuando el beneficiario se encuentra residiendo en el país que las concede (aunque hay excepciones ya que determinados convenios permiten la exportabilidad de las mismas). También son inexportables las prestaciones de asistencia sanitaria ya que la misma exige la presencia física ante un organismo que la otorga<sup>31</sup>.

- La conservación de derechos en curso de adquisición: el derecho a ciertas prestaciones puede quedar subordinado al cumplimiento de ciertos períodos de empleo, de seguro o de residencia, exigidos por la legislación con arreglo a la cual se reciben estas prestaciones. El trabajador que ha cumplido en el país de origen una fracción determinada del período impuesto para la adquisición de un derecho podrá tener dudas antes de salir de su país de origen si el sistema del país de inmigración no va a tener en cuenta este derecho en curso de adquisición. Para evitar la pérdida de la pensión por no reunir los períodos de carencia o seguro necesarios se ha utilizado un sistema por el cual se totalizan los períodos en los diferentes países donde el sujeto haya residido o haya podido ejercer su actividad profesional. Lo que ocurre es que la totalización de los períodos de cotización se producirá sólo en los supuestos en los que la residencia del trabajador en un país haya sido de suficiente entidad; esto es, habitualmente, si el trabajador ha estado ejerciendo su actividad laboral menos de un año en el territorio de un país, las instituciones de Seguridad Social de éste no deberán conceder derecho a prestación totalizando los períodos con los del otro Estado con el que haya suscrito el convenio. La totalización puede servir para la determinación del derecho a la asistencia sanitaria, para la obtención de subsidios y para la generación de pensiones. En el caso de las pensiones, si se ha utilizado el mecanismo de la totalización para la obtención del derecho, la determinación de la cuantía se hallará mediante el sistema de *pro rata temporis*<sup>32</sup>. No obstante, el mecanismo de la totalización no siempre se utiliza o no se utiliza preferentemente en muchos casos. En la actualidad, las reglas coordinatorias, en la medida de lo posible, lo han situado como mecanismo alternativo para la conservación de derechos<sup>33</sup>.

<sup>31</sup> En este supuesto se plantean problemas con los desplazamientos temporales o con los familiares que no han podido agruparse con el emigrante en el país de acogida. Sobre tales cuestiones puede verse MARTÍ BUFILL, C., en "Legal aspects of the practical application of international Social Security conventions", ISSR, vol. 20, 1967, en especial, págs. 323 y ss.

<sup>32</sup> Este sistema viene a ser una simple regla de tres. Lo primero que deberá de hacer la institución competente será hallar la prestación como si todos los períodos hubieran sido cumplidos bajo su legislación y aplicando exclusivamente las reglas internas. Esa sería la pensión inicial, lo que ocurre es que el Estado viene obligado a abonar, únicamente, la parte de la pensión inicial que corresponde con el tiempo realmente trabajado y cotizado bajo su propia legislación. Es decir, si al total de años trabajados entre los países que tiene coordinados sus sistemas de Seguridad Social le corresponde una pensión inicial "x", la pensión parcial que tendría que pagar ese Estado en cuestión sería la parte que correspondiera a la carrera de seguro del trabajador realizada bajo su legislación. A veces, como podrá comprobarse, la cuantía de la prestación (debido a que la base reguladora que se utiliza es muy antigua y no está bien actualizada por parte de las entidades gestoras o porque el sujeto tiene poco período de carencia cumplido bajo la legislación Seguridad Social de un Estado) es infame. Para ellos, los sistemas de Seguridad Social a nivel interno, a veces también lo señalan en el instrumento coordinador, establecen unas prestaciones de cuantía mínima según la contingencia y otros factores familiares y económicos de los beneficiarios.

<sup>33</sup> Los importantes problemas habidos en el pago de las prestaciones a los beneficiarios han hecho que, en los instrumentos coordinadores más recientes, el mecanismo de la totalización sólo se aplique cuando en virtud de la

De otro lado, se han establecido una serie de mecanismos para el cumplimiento y eficacia de dichos principios. Nos referimos, de un lado, a la determinación de la ley aplicable, cuya regla general, no sin diversas excepciones<sup>34</sup>, supone que es aplicable la ley de Seguridad Social del país donde se trabaja o se realiza la actividad lucrativa (la llamada *lex loci laboris*). Y, de otro lado, el mecanismo de la colaboración entre las administraciones de Seguridad Social, ya que para que puedan gestionarse las prestaciones de Seguridad Social de los trabajadores migrantes es necesario establecer un sistema de cooperación internacional entre las entidades, administraciones e instituciones de Seguridad Social de los distintos países que permitan una gestión y desarrollo eficaz de las prestaciones solicitadas por los trabajadores migrantes o sus familiares.

*b) Las normas internacionales de protección a la familia de los trabajadores migrantes.*

Los convenios coordinadores de ámbito mundial son lo suficientemente flexibles, y con niveles relativamente bajos, al menos desde la mentalidad de un ciudadano de un país desarrollado, como para que sean aceptado por muchos Estados. El nivel de compromiso es en la mayor parte de los casos insuficiente para establecer un sistema de coordinación eficaz. Incluso en ámbitos regionales, los sistemas coordinadores establecidos, excepto en la Unión Europea, tienen un grado de aceptación inversamente proporcional a su rigidez. Esto es, cuanto más cerrado y acabado sea el sistema más corto será el listado de países ratificantes. Es en cambio a nivel bilateral (y comunitario, evidentemente) cuando los acuerdos coordinadores son más acabados y eficaces (en cuanto al establecimiento de normas directamente aplicables, sin necesidad de hacer ajustes posteriores). Por ello vamos a centrarnos en el ámbito de la Unión Europea y en el de los Convenios bilaterales.

*a') A nivel mundial*

Ha sido la OIT, como organismo especializado de Naciones Unidas, la que en diferentes textos ha procurado implantar los principios de igualdad de trato (inicialmente, como reciprocidad)<sup>35</sup> y de conservación de derechos adquiridos y en curso de adquisición<sup>36</sup>.

*b') A nivel europeo.*

a) En el marco del Consejo de Europa, junto a textos de carácter armonizador que de forma tangencial han podido referirse a este tema<sup>37</sup>, son varios los instrumentos que se han ocupado de la protección social de los extranjeros y de los trabajadores migrantes<sup>38</sup>. Unos se configuraron de

---

legislación de una de las partes, autónomamente considerada, no se tenga derecho con la carrera de seguro realizada bajo su legislación a prestación de conformidad con la legislación de Seguridad Social de dicho país.

<sup>34</sup> Trabajadores destacados, trabajadores dedicados al transporte de mercancías o personas por tierra, mar o aire, personal adscrito al servicio Diplomático o Consular y personal al servicio de la Administración de un Estado.

<sup>35</sup> Aunque en algunos convenios de rama o armonizadores se trató este problema, los que a continuación se citan pueden considerarse los más reconocidos en la instauración de este principio:

- El Convenio nº 19 de 1925 sobre igualdad de trato en los accidentes de trabajo.
- El Convenio nº 97 de 1949 sobre trabajadores migrantes (revisado).
- La Recomendación nº 86 de 1949 sobre los trabajadores migrantes (revisado).
- El Convenio nº 118 de 1962 sobre la igualdad de trato en materia de Seguridad Social.
- El Convenio nº 143 de 1975 sobre trabajadores migrantes.
- La Recomendación nº 151 de 1975 sobre los trabajadores migrantes.

<sup>36</sup> Son dos los convenios que han abordado este espinoso problema:

- El Convenio nº 48 de 1935 sobre conservación de los derechos de pensión de los migrantes.
- El Convenio nº 157 de 1982 sobre el establecimiento de un sistema internacional para la conservación de los derechos en materia de Seguridad Social.

<sup>37</sup> Los textos más importantes de este tipo son:

- La Carta Social Europea, en especial su art. 12, que prevé medidas, mediante la conclusión de acuerdos bilaterales o multilaterales apropiados, para asegurar: por una parte, la igualdad de trato entre los nacionales de las partes contratantes y, por otra, la protección de los derechos adquiridos o en curso de adquisición y el art. 19 establece el derecho de los trabajadores migrantes y sus familias a protección y asistencia en el territorio de cualquier parte contratante.
- El Convenio Europeo relativo al Estatuto jurídico del trabajador migrante de 1977.

<sup>38</sup> La protección de los trabajadores migrantes en el ámbito del Consejo de Europa a lo largo del tiempo se ha ido produciendo con diversos textos:

(...)

forma muy específica, referidos a ciertas prestaciones<sup>39</sup>. Y otros lo fueron de forma genérica, refiriéndose exclusivamente a la protección de los migrantes: nos referimos a los Acuerdos Interinos o Provisionales de 1953 (que estaban pensados para coordinar de forma separada las prestaciones de invalidez, vejez y muerte, que son las que generan habitualmente un derecho a pensión, y las prestaciones llamadas por la doctrina francesa de “court terme” que son las que suelen generar subsidios o indemnizaciones). Estos Acuerdos han sido sustituidos, aunque mantienen su vigencia de forma transitoria para algunos Estados, por el Convenio Europeo de Seguridad Social de 1972 que viene a establecer un sistema completo y complejo en orden a la conservación de los derechos de los trabajadores migrantes.

b) También en el ámbito europeo, como anteriormente se adelantó, es fundamental la labor de la Unión Europea en orden a la protección de los trabajadores migrantes en materia de Seguridad Social ya que esta es necesaria para la consecución de una de las libertades fundamentales, la de circulación de trabajadores.

Los diferentes Tratados de la Comunidad o de la Unión, en la actualidad art. 45 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, han previsto la abolición de la discriminación basada en la nacionalidad entre los trabajadores de los Estados miembros, ya que si no sería imposible conseguir la libertad de circulación de los trabajadores. Consecuentemente con ello, el art. 48 de dicho Tratado señala que el Parlamento Europeo y Consejo en materia de Seguridad Social adoptarán las medidas necesarias para el establecimiento de la libre circulación, creando un sistema que permita garantizar a los trabajadores migrantes y a sus derechohabientes: por un lado, la acumulación de todos los tomados en consideración por las distintas legislaciones nacionales para adquirir y conservar el derecho a las prestaciones, así como para el cálculo de éstas y, por otro, el pago de las prestaciones a la personas que residan en los territorios miembros.

Consecuentemente con ello, los primeros Reglamentos<sup>40</sup> en materia de Seguridad Social establecidos por la Comunidad Europea fueron los números 3 y 4 de 1958. Con el tiempo y, sobre todo, con la importante jurisprudencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en la interpretación el mismo, el Consejo los sustituyó por los Reglamentos 1408/71 y 574/72, que han sido revisados en 1992 y posteriormente en 1997. En el momento actual, desde el 1 de mayo de 2010 en que entraron en funcionamiento, los Reglamentos Comunitarios que se encuentran vigentes son los (CE) n° 883/2004 y n° 987/2009 se aplican para la coordinación de los Sistemas de Seguridad Social de los Estados miembros de la Unión Europea<sup>41</sup> que vienen a recoger los principios generales del Derecho internacional coordinador en este ámbito<sup>42</sup>.

En concreto, del Reglamento n° 883/2004 nos interesa su capítulo 8 referido a las prestaciones familiares. Como se ha dicho, nuestra legislación ha calificado a tales prestaciones familiares por hijos a cargo de carácter no contributivo, pero no sería necesario acudir a la regulación específica del capítulo 9 del Reglamento n° 883/2004 ya que el mismo se refiere a

- Los dos Acuerdos Interinos o Provisionales de Seguridad Social de 11-12-1953: el primero se refiere a las contingencias de vejez, invalidez y sobrevivientes y el segundo a las prestaciones de maternidad, enfermedad, accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, desempleo y subsidios familiares, ya sean del nivel contributivo o no contributivo.
- El Convenio Europeo de Seguridad Social de 1972: sustituye, para los países que lo ratifiquen, a los Acuerdos Interinos o Provisionales.

<sup>39</sup> Como por ejemplo, la Convención Europea de Asistencia Social y Médica de 1953 o el Acuerdo Europeo para la concesión de asistencia sanitaria en los desplazamientos temporales.

<sup>40</sup> La mejor técnica legislativa comunitaria, de entre las posibles, para conseguir la coordinación en materia de Seguridad Social de los Estados miembros ha sido a través de los Reglamentos que, conforme al art. 288 del Tratado, tienen alcance general y son obligatorios en todos sus elementos y directamente aplicables.

<sup>41</sup> Por decirlo de algún modo, en el primero de los Reglamentos dispone el derecho material o sustantivo y el segundo de los reglamentos establece reglas de interpretación y aplicación de las normas sustantivas (es, por establecer un símil, un Acuerdo Administrativo como los que suelen acompañar a los convenios bilaterales de Seguridad Social).

<sup>42</sup> El campo de sujetos a los que se aplica la igualdad de trato y la conservación de derechos se ha ampliado por la Comunidad la concertar Acuerdos de Cooperación y Asociación con terceros países, extendiéndose con los mismos la protección a los nacionales de dichos terceros Estados en la misma condición que los nacionales de los Estados miembros y sobre los que volveremos en un momento posterior.

prestaciones económicas que presenten las características de “asistencia social” y tengan por objeto una cobertura adicional, sustitutoria o auxiliar de los riesgos cubiertos por las ramas de seguridad social mencionadas en el apartado 1 del artículo 3 (entre las que ya se encontraba las prestaciones familiares).

Pues bien, respecto de los ciudadanos nacionales de un Estado miembro de la UE o de Espacio Económico Europeo y sus familiares, tendrán derecho a las prestaciones familiares en igualdad de condiciones que los nacionales del Estado miembro donde trabajen o residan. No pudiendo verse afectadas las prestaciones por el hecho de que el beneficiario o los miembros de su familia residan en un Estado miembro distinto de aquel en que se encuentra la institución deudora, salvo que el reglamento diga lo contrario. Ello, como idea inicial, supone que el migrante comunitario podrá recibir las prestaciones familiares de carácter contributivo o no contributivo del Estado de la UE en el que se haya ido a residir o trabajar, desplazándose con su familia, siempre y cuando, claro está, cumpla con los requisitos exigidos en tal legislación.

Además, en la aplicación de los arts. 67 a 69 del Reglamento 883/2004, ha de observarse que:

- Las prestaciones familiares se conceden por los miembros de la familia del beneficiario, independientemente de dónde éstos (los familiares) residan. A excepción de las prestaciones familiares de los titulares de pensiones ya que en tales casos se conceden de acuerdo, exclusivamente, con la legislación de Estado miembro competente respecto de sus pensiones.
- En el caso de que para un mismo período y para los mismos miembros de la familia se pudiera acceder a prestaciones familiares con arreglo a la legislación de más de un Estado miembro, se establecen reglas de prioridad dependiendo, de un lado, si las prestaciones son debidas por conceptos diferentes, teniendo preferencia las de carácter profesional o contributivo<sup>43</sup> y, de otro lado, si las prestaciones debidas son por el mismo concepto en dos Estados, la regla general es la del país de residencia de los hijos<sup>44</sup>.
- Finalmente, en el supuesto de que un Estado cubra la protección de la orfandad a través de prestaciones familiares y no con pensiones específicas de orfandad, la determinación de la misma se aplica de conformidad a las reglas establecidas para las prestaciones familiares.

#### *c') A nivel bilateral.*

La labor más importante<sup>45</sup> de coordinación de las legislaciones de Seguridad Social a nivel internacional se ha producido a través de los convenios bilaterales, fueron los primeros instrumentos establecidos para la protección de los migrantes. Salvo los reglamentos comunitarios, los convenios bilaterales, fruto de la negociación “cuerpo a cuerpo” de los Estados, han sido los instrumentos que producen mayor seguridad jurídica y un mayor nivel de eficacia y ello porque la

<sup>43</sup> En este caso, el orden de prioridad será el siguiente:

- los derechos adquiridos con motivo de una actividad por cuenta ajena o propia,
- los derechos adquiridos con motivo del cobro de una pensión,
- los derechos adquiridos por razón de la residencia.

<sup>44</sup> El orden de prioridad se establecerá atendiendo a los siguientes criterios:

- en el caso de derechos adquiridos con motivo de una actividad por cuenta ajena o propia: el lugar de residencia de los hijos;
- en el caso de derechos adquiridos con motivo del cobro de pensiones: el lugar de residencia de los hijos, a condición de que exista pensión pagadera con arreglo a dicha legislación;
- en el caso de derechos adquiridos por razón de la residencia: el lugar de residencia de los hijos.

En estos casos de acumulación de derechos, las prestaciones serán concedidas con arreglo a la legislación que sea determinada como prioritaria. No obstante, salvo en el último de los supuestos, se abonará, además, al interesado un complemento, cuando la cuantía de las prestaciones previstas en las legislaciones concurrentes sea superior a la cuantía de las prestaciones previstas en la legislación determinada como prioritaria.

<sup>45</sup> Al menos en cuanto al número de los firmados y en cuanto a la efectividad real de los mismos.

mayor parte de los instrumentos multilaterales han sido adoptados con la suficiente holgura como para que puedan adherirse al mismo o aceptarlos un conjunto importante de Estados con diferencias importantes en la configuración de sus sistemas de Seguridad Social y de sus políticas migratorias.

Los acuerdos bilaterales suponen la fórmula más adecuada para la regulación de los problemas de Seguridad Social de los trabajadores migrantes también por el hecho de que los convenios bilaterales son firmados por países que reconocen un problema de desprotección determinadas comunidades de trabajadores, bien porque son países de origen o de destino de los mismos, por lo que se ajustan perfectamente a la situación real del trasiego de migrantes entre los dos países que firman el acuerdo y de las posibles diferencias entre las legislaciones y sistemas de Seguridad Social que han de coordinarse, esto es, los motivos se encuentran en la ventaja de adaptarse perfectamente a la situación existente en cada parte contratante, facilitando el compromiso mediante una justa apreciación de las ventajas e inconvenientes recíprocos. Así puede comprenderse porqué nuestro Estado, tradicionalmente un país de migrantes, donde en el momento actual emigran los mejor preparados académicamente, pero que, aun así, sigue recibiendo emigrantes de países menos prósperos tanto provenientes del continente africano como del centro y del sur de América, tiene suscritos un número elevado de convenios bilaterales (además de los Reglamentos Comunitarios que les une a otros 28 estados en Europa más los del Espacio Económico Europeo).

El contenido y estructura de los convenios bilaterales, como los de los multilaterales, apuntan siempre un mismo patrón. Respecto del contenido, aunque con variaciones en las fórmulas de desarrollo, es también similar: se recogen los principios de igualdad de trato y de conservación de derechos, y otros elementos necesarios para la consecución de los mismos<sup>46</sup>. Lo que sí es normal es que varíen en el contenido respecto de las ramas o prestaciones de la Seguridad Social a las que se destinan: así pueden observarse convenios que se refieren a todas o casi todas las ramas del sistema de Seguridad Social<sup>47</sup>, convenios que sólo se refieren a la protección dispensada por el sistema por las contingencias clásicas (jubilación, incapacidad permanente y muerte y supervivencia) que generan derecho a prestaciones vitalicias y, por último, convenios que sólo se refieren a una sola prestación<sup>48</sup>.

Referente a la prestaciones familiares, de los 24 convenios bilaterales que tiene suscritos España al día de hoy, 13 no hacen referencia a dicha prestación, esto es, no la incluyen en sus catálogos<sup>49</sup>. Ello no significa que, en el caso de España, cuando un nacional de tales países se encuentre trabajando y residiendo legalmente en nuestro país no pueda acceder a las mismas, como posteriormente veremos.

En algunos de ellos, quien únicamente ofrece dicha protección es el Estado español, quizás sea porque en el otro país con quien se firma el convenio no exista ese tipo de protección específica o porque se proteja a los hijos a través de otras prestaciones del sistema de protección social que no se encuentren vinculadas al sistema de Seguridad Social<sup>50</sup>.

<sup>46</sup> Nos referimos a:

- La determinación de la legislación aplicable (generalmente la del lugar de trabajo).
- La exportación de las prestaciones para la conservación de los derechos adquiridos.
- La totalización de los períodos de seguro y la utilización de la técnica de la prorata para la determinación de la cuantía de las prestaciones, bien de forma principal o accesoría.
- Y, por último, la colaboración administrativa como medio de consecución de los objetivos de protección establecidos en el convenio.

<sup>47</sup> Salvo desempleo que es una prestación que en muchos ordenamientos se encuentra ligada, más que al sistema de Seguridad Social, al conjunto de políticas de empleo. No obstante, existen algunos convenios que sí recogen esta prestación.

<sup>48</sup> Son los más inusuales, España sólo tenía firmado uno, con Panamá, que se refería únicamente a las prestaciones sanitarias.

<sup>49</sup> No se recogen en los convenios suscritos con: Andorra, Argentina, Brasil, Cabo Verde, China, Colombia, Corea, Ecuador, EEUU, Filipinas, Japón, Méjico y Venezuela

<sup>50</sup> Como se produce en los Convenios firmados con Canadá, Marruecos, Perú, Paraguay y Uruguay.

El resto de Convenios hacen referencia, en el caso de España, a las prestaciones familiares<sup>51</sup> o de “protección familiar”<sup>52</sup> y en el caso de los otros países se suelen denominar como prestaciones familiares, con alguna excepción<sup>53</sup>.

Pues bien, la regla más común es que las prestaciones familiares se abonarán de conformidad con la legislación y por cuenta del Estado en el que el trabajador se halle trabajando<sup>54</sup>. Teniendo en cuenta que los miembros de la familia que residan en el otro Estado (y que evidentemente no hayan acompañado al trabajador migrante) serán considerados a efecto del abono de las prestaciones familiares “como si estuvieran residiendo” en el país donde se encuentra el trabajador migrante<sup>55</sup>. De forma curiosa, y en interpretación *a contrario*, Rusia y Ucrania no admiten la ficción de que, a efectos de pago de prestaciones familiares, la residencia de hijos se entienda como si estuviesen en el país donde se encuentra trabajando o prestando sus servicios el trabajador migrante; por lo que, respecto de estos países, habría que estar a la posibilidad de exportación de prestaciones establecidas en la legislación de Seguridad Social de cada Estado.

En el caso de que tenga derecho a la percepción simultánea de las prestaciones familiares para el mismo miembro de la familia según la legislación de ambos Estados, las prestaciones serán abonadas por el Estado en cuyo territorio residan los hijos<sup>56</sup>. Estableciéndose en algún convenio una curiosa regla compleja en los casos en los que en ambos Estados, y respecto de los mismos miembros de la familia, se causara derecho a prestaciones familiares por hijos a cargo<sup>57</sup>.

Hay dos convenios que hablan expresamente, además, de cubrir las prestaciones familiares por hijos a cargo, de las prestaciones no contributivas<sup>58</sup>, lo cual es importante por el carácter de las prestaciones familiares económicas en nuestro Estado. Además, hay otros que ya hacen referencia expresa al posible carácter no contributivo de las prestaciones familiares por hijos cargo, estableciéndose en tal caso que se reconocerá el derecho a tales prestaciones familiares por cada una de los Estados de acuerdo a su propia legislación<sup>59</sup>, lo que viene a significar que no se tendrían en cuenta a los familiares que residieran en el otro Estado si la legislación exige “convivencia efectiva” en el país que las otorga, como es el caso de España.

Caso especial es el del Convenio con Australia que respecto del “mean test” o prueba de ingresos para acceder a las prestaciones por hijos a cargo excluye las cuantías de las prestaciones que por hijos a cargo o “por cuantía adicional por hijo” puedan tener los trabajadores en uno y otro Estado<sup>60</sup>.

<sup>51</sup> Incluso llamándolas “prestaciones familiares por hijos a cargo” como lo hacen los convenios con Australia, Perú, República Dominicana y Túnez.

<sup>52</sup> Así las denominan en los convenios con Chile, Paraguay y Uruguay.

<sup>53</sup> El equivalente a prestaciones por hijos a cargo en Australia es la llamada “cuantía adicional por hijos” y en la República Dominicana “servicios de estancias infantiles”.

<sup>54</sup> Vid art. 32 del Convenio con Marruecos, art. 15 del Convenio con Rusia, art. 16 del Convenio con Paraguay, art. 22 del Convenio con Perú, art. 19 del Convenio con República Dominicana, art. 31 del Convenio con Túnez, art. 15 del Convenio con Ucrania y art. 16 del Convenio con Uruguay. El art. 32 bis del Convenio con Marruecos remite a un posterior Acuerdo administrativo de aplicación la fijación de las condiciones de las prestaciones familiares por hijos a cargo (en las bases de datos disponibles no hemos podido encontrar dicho Acuerdo).

<sup>55</sup> Vid art. 14 del Convenio con Canadá, pero solo para los canadienses que trabajen en España, art. 31 del Convenio con Chile, art. 16 del Convenio con Paraguay, art. 22 del Convenio con Perú, art. 19 del Convenio con República Dominicana, art. 31 del Convenio con Túnez, art. 16 del Convenio con Uruguay.

<sup>56</sup> Vid art. 15 del Convenio con Rusia, art. 31 del Convenio con Chile, art. 16 del Convenio con Paraguay, art. 31 del Convenio con Túnez, art. 15 del Convenio con Ucrania, art. 16 del Convenio con Uruguay.

<sup>57</sup> Se establece una regla principal en la que se declara competente el Estado en el que se encuentre asegurado el trabajador o del que se encuentre recibiendo una pensión; sí, aun así, continuara existiendo la concurrencia de derechos, las prestaciones serán abonadas únicamente por el Estado en cuyo territorio residan los miembros de su familia, vid. art. 22 del Convenio con Perú y art. 19 Convenio con República Dominicana.

<sup>58</sup> Me refiero a los Convenios con Australia (art. 17) y República Dominicana (art. 6) en ambos casos las prestaciones no contributivas se reconocen en las mismas condiciones y con los mismos requisitos legales que los establecidos para los nacionales. Ello supone que, si las mismas son inexportables o se exige la convivencia efectiva con los hijos para los españoles, también se exigirá para los australianos o para los dominicanos.

<sup>59</sup> Vid art. 31 del Convenio con Chile, art. 15 del Convenio con Ucrania y art. 16 del Convenio con Uruguay.

<sup>60</sup> Vid art. 17.

### 3. LA PROTECCIÓN DE TRABAJADORES MIGRANTES A TRAVÉS DE LA LEGISLACIÓN ESPAÑOLA DE SEGURIDAD SOCIAL

Por último, aunque no se traten de normas internacionales, existen normas internas que procuran la protección social de trabajadores migrantes, bien respecto de extranjeros que vengan a España a residir o trabajar bien respecto de nacionales que salgan al extranjero. Evidentemente, la regulación de situaciones de Seguridad Social en las que existe un elemento de conexión extranjero por parte de la legislación interna de un país, proyecta a nivel internacional tales normas. En este supuesto, como es conocido, la creación de normas es autónoma, o sea, unilateral e independiente, obra exclusiva del legislador nacional. Su caracterización internacional se debe al contenido de las mismas y a los sujetos a los que van dirigidas.

Salvo para los ciudadanos comunitarios, la protección que ofrece nuestro sistema de Seguridad Social a los trabajadores inmigrantes se producirá, únicamente, cuando los mismos se encuentren residiendo y trabajando en España con los permisos oportunos<sup>61</sup>. Y es que el art. 7.1 LGSS establece que estarán comprendidos en el sistema de la Seguridad Social, a efectos de las prestaciones contributivas, cualquiera que sea su sexo, estado civil y profesión, los españoles que residan en España y los extranjeros que residan o se encuentren legalmente en España, siempre que, en ambos supuestos, ejerzan su actividad en territorio nacional como trabajadores por cuenta ajena, por cuenta propia, socios de cooperativas, estudiantes o funcionarios.

No obstante, para las prestaciones no contributivas, de conformidad con el art. 7.2 LGSS, la regla general es que, al tratarse de prestaciones de solidaridad para los que conviven en nuestro país, tendrán derecho a las mismas todos los españoles que convivan en territorio nacional. Pero se establece como regla adicional que también estarán cubiertos, a efectos de las prestaciones no contributivas, *“los extranjeros que residan legalmente en territorio español, en los términos previstos en la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social y, en su caso, en los tratados, convenios, acuerdos o instrumentos internacionales aprobados, suscritos o ratificados al efecto”*.

Por su parte, el art. 14 de la Ley Orgánica de Extranjería establece que *“los extranjeros residentes tienen derecho a acceder a las prestaciones y servicios de la Seguridad Social en las mismas condiciones que los españoles”*. Esto es, en caso de encontrarse en territorio español en situación regular, cualquier ciudadano extranjero (no comunitario), si cumple los requisitos establecidos para el acceso a las prestaciones familiares por hijos a cargo, podrá acceder a las mismas en igualdad de condiciones que un español. Y también tendrán derecho a otro tipo de protección por hijos a cargo que pueda darse a través del sistema de servicios sociales básicos.

De otro lado, respecto de los trabajadores españoles que emigran, respecto de las prestaciones por hijos a cargo no se ha regulado nada de forma específica. Y ello a pesar de que el art. 42 de la Constitución apunta como un deber del Estado la salvaguardia de los derechos económicos y sociales de los trabajadores españoles en el extranjero, orientando su política hacia su retorno y de que el art. 7.3 LGSS establece que el Gobierno, en el marco de los sistemas de protección social pública, podrá establecer medidas de protección social en favor de los españoles no residentes en España, de acuerdo con las características de los países de residencia.

Evidentemente, podría obtenerse prestaciones familiares por hijos a cargo si el español ha retornado o respecto de los hijos a cargo que han quedado en territorio nacional (al haber decidido emigrar sin el resto de la familia) pero, por el carácter no contributivo de las mismas, las prestaciones económicas por hijos a cargo no podrán exportarse para los españoles fuera del territorio nacional (curiosamente, en aplicación de los Reglamentos comunitarios sí podrían exportarlas los comunitarios respecto de sus hijos que se hallan en el Estado comunitario de origen).

Como conclusión final: aún queda mucho por hacer para configurar un sistema apropiado a nivel internacional de protección social de los hijos de los trabajadores migrantes.

<sup>61</sup> A excepción de alguna sentencia de algún TSJ que ha estimado la protección del sistema de Seguridad Social en el caso de un accidente de trabajo de un inmigrante en situación irregular.





# CAPÍTULO V. LA NECESARIA TRANSFORMACIÓN DE LAS PRESTACIONES FAMILIARES\*

HENAR ÁLVAREZ CUESTA

*Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de León*

## I. INTRODUCCIÓN

Según la Declaración Universal de Derechos Humanos, la familia es el “elemento natural, universal y fundamental” de la sociedad, merecedor de la máxima atención por los Estados, en cuanto pilar inviolable de la persona. Es más, el férreo compromiso de dotación de una eficiente red de ayudas y recursos públicos dedicados a la protección de la institución familiar debería constituir la vara de medir la madurez de cualquier Gobierno avanzado. Tal afirmación categórica abre un interrogante de calado: qué se entiende en cada Estado o en cada sociedad, por familia. Acotado este concepto cabe plantear, de entre ellas, cuáles merecen la protección ofrecida por el sistema de Seguridad Social, o para cuáles resulta más necesaria la misma.

Ahora bien, las prestaciones familiares en el sistema Seguridad Social español han acabado por dibujar una imagen “dickensiana” de la familia, asentada en el modelo denominado tradicional y poco a poco permeable a otras realidades. Consideradas como conexión directa con las obligaciones impuestas por el art. 39.1 y 3 CE en su doble faz: a los poderes públicos (“los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia”) y a los padres (“los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda”) han resultado ser los “parientes pobres de la política social” (Consejo de Europa *dixit*), viéndose desdibujadas en su finalidad, dispersas en su regulación, obsoletas en sus sucesivas modificaciones, insuficientes en su contenido y más “locales” que universales<sup>1</sup>.

## II. PRESTACIONES FAMILIARES NO CONTRIBUTIVAS

La instauración en el Derecho positivo español de las prestaciones no contributivas a través de la Ley 26/1990 responde a la tendencia de ampliar la cobertura al mayor número de personas posibles: “la presente Ley tiene como objetivo principal el establecimiento y regulación de un nivel no contributivo de prestaciones económicas del Sistema de la Seguridad Social, como desarrollo del principio rector contenido en el art. 41 de nuestra Constitución, que encomienda a los poderes públicos el mantenimiento de un ‘régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos’”<sup>2</sup>.

Sin embargo, la cuantía de las mismas no ha sido actualizada ni adecuada a los nuevos parámetros económicos ni a las necesidades clásicas que suponen uno o varios descendientes: “si se trata de asegurar a la unidad familiar con hijos un nivel de vida y bienestar equivalente al que disfrutaría sin ellos, combatiendo su empobrecimiento mediante la compensación eficaz de las

---

\* El presente estudio se inscribe dentro del Proyecto de Investigación Referencia: DER2017-83864-R: La sostenibilidad como idea rectora de las políticas públicas y de la prestación de servicios públicos para el bienestar de los ciudadanos.

<sup>1</sup> RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. Y ÁLVAREZ CUESTA, H.: “Prestaciones familiares”, Revista de la Seguridad Social, \*.

<sup>2</sup> STS 4 octubre 2006 (RJ 2006\8162).

cargas económicas que supone la atención de los hijos, la realidad no responde cabalmente a ese objetivo”<sup>3</sup>.

Quizá por tal motivo, o sin duda por él, ya desde más de una década (cabe incluso extenderlo a sus comienzos), estas prestaciones familiares, en particular las consideradas como asistenciales, han sido criticadas atendiendo a su insuficiencia, casi ocupando una posición más “simbólica” que real dentro de la acción protectora de la Seguridad Social y sin una clara vocación universal<sup>4</sup>.

Con la regulación actual, ni siquiera el elenco analizado a continuación forma parte de la definición más clásica de prestaciones asistenciales, en tanto en alguna o a ciertos beneficiarios no se exige la acreditación de la situación de necesidad configurada como carencia de rentas, pero tampoco responden a una vocación universal a la vista de los requisitos económicos impuestos en las restantes.

Desde otra perspectiva, también sorprende la escasa atención al cumplimiento de algún tipo de obligación de carácter social para el perceptor de estas prestaciones, en especial por cuanto atañe a aquélla de carácter periódico, a semejanza de cuanto ocurre con la renta activa de inserción o las rentas mínimas de ciudadanía autonómicas<sup>5</sup>.

A continuación, se analizan las prestaciones familiares por hijo o menor acogido a cargo, de pago único en supuesto de nacimiento o adopción de hijo en supuestos especiales y la prestación por parto o adopción múltiples.

## 1. ASIGNACIÓN ECONÓMICA POR HIJO O MENOR ACOGIDO A CARGO

### A) Requisitos en orden a lucrar la prestación

La prestación no contributiva por hijo o menor acogido a cargo exige, para su percepción, acreditar los condicionantes siguientes por parte de los beneficiarios, es decir, como regla general los progenitores o acogedores del menor: residir legalmente en España; tener a su cargo a hijos o menores acogidos; carecer de rentas; y no tener derecho a prestaciones de la misma naturaleza.

a) Residir legalmente en territorio español. Esta prestación pueden lucrarla tanto españoles como extranjeros con residencia legal<sup>6</sup>, habida cuenta “el art. 14 LO 4/2000 señala que los extranjeros residentes tendrán derecho, en las mismas condiciones que los españoles, a las prestaciones y servicios de la Seguridad Social y a los servicios y prestaciones sociales, tanto los generales y básicos como los específicos. Y, a su vez, en el RD 1335/2005 no consta exigida el requisito de situación de alta del beneficiario de la prestación por hijo a cargo”<sup>7</sup>.

Esta residencia legal, además, se predica del solicitante y del hijo a cargo [art. 10.1.b RD 1335/2005], no extendiéndola a todos los miembros de la unidad familiar, en cuyo caso, éste podría convivir, dentro de la familia, con un extranjero en situación irregular y percibir la ayuda analizada.

No se exige ningún período de estancia previo, a diferencia de cuanto ocurre con las prestaciones no contributivas por incapacidad permanente o jubilación, pero sí parece necesaria la permanencia en el territorio. No obstante, en un momento de gran movilidad exterior, las ausencias puntuales o los desplazamientos al extranjero, de conformidad con el art. 28.4 RD 1335/2005, no interrumpen la residencia si son inferiores a 90 días a lo largo de cada año natural.

<sup>3</sup> VALDEOLIVAS GARCÍA, Y.: “Las prestaciones familiares a la luz de las políticas de apoyo a la familia y de conciliación de la vida laboral y familiar”, cit., pág. 51.

<sup>4</sup> PARDELL VEA, A.: “Arts. 180 a 189”, VV.AA.: *Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social*, ALARCÓN CARACUEL, M.R. (Dir.) Cizur Menor, Aranzadi, 2003, pág. 1163.

<sup>5</sup> RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. Y ÁLVAREZ CUESTA, H.: “Prestaciones familiares”, *Revista de la Seguridad Social*, \*.

<sup>6</sup> La falta de la misma determina la imposibilidad de acceder a la prestación, STSJ Navarra 16 diciembre 2010, sentencia núm. 344/2010 (JUR 2011\107126).

<sup>7</sup> STSJ Cataluña 2 octubre 2013 (JUR 2013\357169).

En todo caso, esta exigencia de residencia del causante en España resulta matizada por lo previsto en el reglamento de desarrollo de la prestación, que amplía el ámbito geográfico a los “trabajadores trasladados por su empresa fuera del territorio español, que se encuentren en situación asimilada a la de alta y coticen en el correspondiente régimen de Seguridad Social español”. Esta extensión del RD 1335/2005 trata de evitar el perjuicio causado al colectivo en cuestión a raíz de la supresión de la asignación económica contributiva por hijo a cargo<sup>8</sup>, mas difícilmente podrán acreditar la condición de carencia de ingresos en tal caso (salvo que de hijo con discapacidad se trate).

Por su parte, la permanencia del beneficiario en el territorio español resulta también aquilatada por lo previsto en el art. 7 Reglamento núm. 883/2004, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, sobre la coordinación de los Sistemas de Seguridad Social: “salvo disposición en contrario del presente Reglamento, las prestaciones en metálico debidas en virtud de la legislación de uno o de varios Estados miembros o del presente Reglamento no podrán sufrir ninguna reducción, modificación, suspensión, supresión o confiscación por el hecho de que el beneficiario o los miembros de su familia residan en un Estado miembro distinto de aquel en que se encuentra la institución deudora”; reiterando el art. 67: “cualquier persona tendrá derecho a prestaciones familiares con arreglo a la legislación del Estado miembro competente, que serán extensivas a los miembros de su familia que residan en otro Estado miembro, como si residieran en el Estado miembro competente”.

No obstante, los titulares de pensiones tendrán derecho a prestaciones familiares con arreglo a la legislación del Estado miembro competente respecto de sus pensiones<sup>10</sup>. O se produzca la situación contraria, a saber, un progenitor puede reclamar las prestaciones familiares en un Estado miembro, en el cual trabaje, aunque el hijo causante resida en territorio español. Ahora bien, nada impide al otro progenitor solicitar prestaciones familiares en España, de modo que, si ante tal solicitud la entidad gestora española considera prioritario el derecho a prestaciones familiares del otro Estado, lo correcto es que traslade la solicitud, sin perjuicio de que, si el derecho a prestaciones familiares por España es superior al que corresponde por aquél, nuestro país abone un complemento diferencial<sup>11</sup>.

b) Tener a su cargo a un hijo, menor de 18 años o, cuando siendo mayor de dicha edad, esté afectado por una minusvalía (*rectius*, discapacidad), en un grado igual o superior al 65 por 100, a cargo de beneficiario, cualquiera que sea la naturaleza legal de la filiación, así como por los menores acogidos, en acogimiento familiar, permanente o preadoptivo.

Los datos relevantes a este respecto son la minoría de edad o el grado de discapacidad superior al 65 por 100 y, en ambos casos, estar sostenidos por el beneficiario de la prestación.

En cuanto al máximo de edad general previsto para percibir esta prestación asistencial, la mayoría de edad, se ha quedado desfasado a la vista de las necesidades sociales actuales y, también, si busca también una coordinación --necesaria--, con la pensión de orfandad establecido ahora el límite en los 21 ó 25 años<sup>12</sup>. Por ello, se propone la ampliación de la cobertura hasta los 25 años.

Respecto al grado de discapacidad, a efectos del reconocimiento, así como la situación de dependencia y la necesidad del concurso de otra persona para acceder a una cuantía superior, se determina mediante la aplicación del baremo contenido en el RD 1971/1999, de 23 de diciembre, de procedimiento para el reconocimiento, declaración y calificación del grado de discapacidad. No

<sup>8</sup> CASTRO ARGÜELLES, M.A.: “Prestaciones familiares”, cit., pág. 1326.

<sup>9</sup> Respecto a las recientes sentencias del TJUE en materia de prestaciones asistenciales, un excelente estudio en FERNÁNDEZ FERNÁNDEZ, R.: “Políticas comunitarias de protección social y minorías étnicas: una materia necesitada de un impulso renovado”, *Trabajo y derecho*, núm. 39, 2018, págs. 29 y ss.

<sup>10</sup> Su interpretación, por extenso, en SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C.: “¿Ha simplificado el Reglamento 883/2004 la coordinación de las prestaciones familiares?: análisis crítico del Capítulo 8 del Reglamento 883/2004”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 32, 2012, págs. 1 y ss.

<sup>11</sup> STSJ Galicia 12 mayo 2014 (JUR 2014\208550).

<sup>12</sup> FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. Y MARTÍNEZ BARROSO, M.R.: *Las prestaciones familiares de la Seguridad Social*, cit., pág. 36.

obstante, el umbral de referencia (el mismo que el previsto para la prestación por invalidez no contributiva) parece, para esta prestación, bastante elevado.

Por último, de conformidad con el art. 9 RD 1335/2005, se considerará que el hijo está a cargo cuando conviva<sup>13</sup> y/o dependa económicamente del beneficiario. Los Tribunales entienden, “como indicativo de la relación de una persona con aquella otra a quien tiene obligación de cuidar o atender, implica que los familiares sean sostenidos económicamente por el beneficiario, aun cuando no vivan bajo el mismo techo que éste; situación frecuente en el caso de trabajadores migrantes”<sup>14</sup>. A estos efectos, “se entenderá, salvo prueba en contrario, que existe dependencia económica cuando el hijo o el menor acogido cohabite con el beneficiario”<sup>15</sup>. A estos efectos, “no rompe la convivencia la separación transitoria motivada por razón de estudios, trabajo de los padres o acogedores, tratamiento médico, rehabilitación u otras causas similares”. Los Tribunales consideran incluido como menor a cargo también cuando los progenitores cedan la guarda del mismo a una entidad pública (debido a los graves problemas de comportamiento de aquél, acudiendo para ello a la finalidad de la prestación, cual “es proveer a la subsistencia de personas con nulos o escasísimos recursos económicos, nada impide que se interprete, como una causa similar a las contempladas en la norma de ‘separación transitoria’, el hecho de que el hijo menor cuya guarda ha sido cedida a una entidad pública no conviva en el domicilio familiar de forma permanente sino transitoria, los fines de semana y otros periodos similares, periodos en los que la madre se ha hecho cargo de sus gastos y, por tanto, ha dependido económicamente de ella”<sup>16</sup>), o a la abuela materna, mientras la madre no pierda la patria potestad<sup>17</sup>.

Pese a fijar el límite en la mayoría de edad (salvo para hijos con discapacidad elevada), el legislador se preocupa de no desincentivar el trabajo por cuenta ajena de estos colectivos, al establecer cómo no perderá la condición de hijo o de menor acogido a cargo por el mero hecho de realizar un trabajo lucrativo por cuenta propia o ajena siempre que continúe viviendo con el beneficiario de la prestación y que los ingresos anuales del causante, en concepto de rendimientos del trabajo, no superen el 100 % del salario mínimo interprofesional, también en cómputo anual<sup>18</sup> y tal condición se mantendrá aunque la afiliación del causante como trabajador suponga su encuadramiento en un régimen de Seguridad Social distinto a aquél en el que esté afiliado el beneficiario de la prestación.

De nuevo la referencia es el SMI y los únicos ingresos computables son los derivados de la prestación de servicios por cuenta ajena<sup>19</sup>, pareciendo dejar extramuros y sin computar las posibles ganancias que, además o en exclusiva, “el causante pueda percibir por otros conceptos superando el límite previsto del 100 % del SMI y que podían llegar a desvirtuar el concepto de dependencia económica o ‘estar a cargo’ del beneficiario”. Esta redacción supondría, al cabo, un trato de favor hacia las rentas que no provienen del trabajo, fácilmente evitable estableciendo un límite de ingresos sin hacer distinciones en el origen de los mismos<sup>20</sup>; o bien, *a sensu* contrario, vedar el

<sup>13</sup> Sobre la prueba de convivencia cuando se nombra un nuevo tutor del menor, STSJ Castilla y León/Valladolid 3 abril 2014 (JUR 2014\119794).

<sup>14</sup> STSJ Galicia 20 julio 2012 (JUR 2012\274868).

<sup>15</sup> STSJ Aragón 18 octubre 2013 (JUR 2014\15719).

<sup>16</sup> STSJ Cantabria 26 septiembre 2014 (JUR 2014\248416).

<sup>17</sup> STSJ Cataluña 18 junio 2014 (JUR 2014\225511).

<sup>18</sup> Sobre la consideración como rendimiento de trabajo de la beca obtenida por un hijo con discapacidad: “la percepción por el actor discapacitado de unas cantidades económicas en razón de la beca que tiene reconocida, cuya naturaleza y cuantía han quedado esclarecidas, no puede operar como un práctico impedimento para la obtención o mantenimiento de la prestación familiar por hijo a cargo. El hecho de obtener estas percepciones no conduce a la asunción de una independencia económica que, de contemplarse como tal, estaría desencadenando una situación en la que la formación y eventual integración laboral del actor se verían comprometidas, si no impedidas”, STSJ Navarra 21 septiembre 2012 (JUR 2013\14580).

<sup>19</sup> Sobre este umbral, si bien conforme a la regulación anterior, por todas, SSTS 19 noviembre 2003 (RJ 2004\505) y 26 enero 2005 (RJ 2005\2755).

<sup>20</sup> ROALES PANIAGUA, E.: “Sinopsis de las prestaciones familiares en España”, cit., pág. 20 y JURADO SEGOVIA, A.: “El nuevo reglamento sobre prestaciones familiares de la Seguridad Social”, cit., pág. 18.

acceso a la prestación a cuantos causantes tuvieran percepciones fuera del arco establecido para las rentas de trabajo (por cuenta propia o ajena)<sup>21</sup>.

En todo caso, no se considera al hijo o menor acogido a cargo cuando sea receptor de una pensión contributiva, procedente de un régimen público de protección social, distinta de la pensión de orfandad o de la pensión en favor de familiares de nietos y hermanos (art. 9.4 RD 1335/2005)<sup>22</sup>. Ahonda el art. 361.3 LGSS en este extremo para prestaciones no contributivas, al considerar incompatible (y forzar a elegir al causante) entre la asignación por hijo a cargo lucrada por un hijo mayor de edad con discapacidad de al menos el 65 por 100 y la pensión de invalidez o jubilación en la modalidad no contributiva<sup>23</sup>. Los requisitos de grado son los mismos en el primer caso, pero se diferencian en dos puntos fundamentales, haciendo más accesible la prestación familiar que la pensión asistencial, como es el período de residencia legal en España y la necesidad de acreditar carencia de rentas, excepcionada esta última condición para el causante con discapacidad en el caso de la prestación por hijo a cargo<sup>24</sup>.

En fin, esta ayuda sólo aparece diseñada y, por ende, constrañida, para cuantos progenitores tengan un hijo a su cargo, y deja extramuros cuantas situaciones de necesidad vengan provocadas por otros miembros de la unidad familiar como ascendientes, descendientes de otro grado de parentesco, hijos mayores sin discapacidad<sup>25</sup> o con una discapacidad en porcentaje inferior al 65 %<sup>26</sup> y otros fenómenos que no encajan en el concepto de familia pero que mantienen idénticos lazos de cariño y soporte, colectivos todos ellos necesitados y sin duda merecedores de protección cuando carezcan de rentas y vivan a cargo del beneficiario, sobre todo ante el actual panorama social (nuevos modelos de familia) y económico.

c) No percibir ingresos anuales, de cualquier naturaleza, superiores a 11.953,94 euros en 2018, Dicha cuantía contemplará un incremento del 15 por ciento por cada hijo o menor a cargo, a partir del segundo, este incluido. La cifra de referencia se actualiza anualmente en la Ley de Presupuestos Generales del Estado, respecto de la cuantía establecida en el ejercicio anterior y los límites de ingresos anuales se actualizarán anualmente en la Ley de Presupuestos Generales del Estado, respecto de la cuantía establecida en el ejercicio anterior, al menos, en el mismo porcentaje que en dicha Ley se establezca como incremento general de las pensiones contributivas de la Seguridad Social. El legislador impone la subida del umbral que acredita la carencia de rentas, pero no dispone correlativamente un aumento de la cantidad percibida en idéntico porcentaje, manteniéndose, como luego se reiterará, la cuantía básica desde hace tiempo inmóvil.

Al efecto de acreditar la inferioridad de ingresos respecto a aquel umbral, se tienen en cuenta los rendimientos del trabajo (salariales y extrasalariales<sup>27</sup>), del capital, de las actividades económicas, así como cualesquiera bienes y derechos de naturaleza prestacional --y los que se consideran como tales--, computándose en su valor bruto<sup>28</sup> (sin considerar que tales no son, en la realidad, los recursos de que dispone la familia, antes bien produce una visión distorsionada e irreal de los verdaderos ingresos<sup>29</sup>).

Como excepción, los procedentes de actividades económicas realizadas por cuenta propia, se sumarán en su valor neto, al que se añadirá el importe de las cotizaciones sociales; y cuando se

<sup>21</sup> RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. Y ÁLVAREZ CUESTA, H.: “Prestaciones familiares”, *Revista de la Seguridad Social*, núm. 2, 2015, págs. 77 y ss.

<sup>22</sup> Al respecto, STSJ Comunidad Valenciana 16 marzo 2012 (JUR 2012\217121).

<sup>23</sup> Reiterando la incompatibilidad, STS 15 junio 2010 (RJ 2010\6285).

<sup>24</sup> RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. Y ÁLVAREZ CUESTA, H.: “Prestaciones familiares”, cit., págs. 80 y ss.

<sup>25</sup> FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. Y MARTÍNEZ BARROSO, M.R.: *Las prestaciones familiares de la Seguridad Social*, cit., pág. 35 y VALDEOLIVAS GARCÍA, Y.: “Las prestaciones familiares a la luz de las políticas de apoyo a la familia y de conciliación de la vida laboral y familiar”, cit., pág. 65.

<sup>26</sup> ROALES PANIAGUA, E.: “Sinopsis de las prestaciones familiares en España”, cit., pág. 17.

<sup>27</sup> STS 27 septiembre 2000 (RJ 2000\9648).

<sup>28</sup> Sin deducción de ninguna naturaleza, STS 18 febrero 1994 (RJ 1994\2480).

<sup>29</sup> FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. Y MARTÍNEZ BARROSO, M.R.: *Las prestaciones familiares de la Seguridad Social*, cit., pág. 45 y BLÁZQUEZ AGUDO, E.M.: *Las prestaciones familiares en el sistema de Seguridad Social*, Madrid, BOE, 2005, pág. 215.

trate de rendimientos de capital mobiliario, sólo los intereses u otra clase de rendimientos obtenidos por el beneficiario, pero no el capital en sí mismo (art. 14 RD 1335/2005).

En los siguientes apartados del art. 14 RD 1335/2005, la norma reglamentaria se remite a la regulación fiscal para determinar las rentas exentas. A la sazón, considera excluidas las prestaciones públicas extraordinarias por actos de terrorismo y las pensiones derivadas de medallas y condecoraciones concedidas por dichos atentados; las ayudas de cualquier clase percibidas por los afectados por el virus de inmunodeficiencia humana; las pensiones reconocidas en favor de aquellas personas que sufrieron lesiones o mutilaciones con ocasión o como consecuencia de la Guerra Civil; las indemnizaciones como consecuencia de responsabilidad civil por daños personales, en la cuantía legal o judicialmente reconocida, incluidas las derivadas de contratos de seguro de accidentes; las indemnizaciones por despido o cese del trabajador, en la cuantía establecida con carácter obligatorio en las normas laborales; las prestaciones económicas percibidas de instituciones públicas con motivo del acogimiento de personas con discapacidad, mayores de 65 años o menores o las equivalentes previstas en los ordenamientos de las Comunidades Autónomas; las becas percibidas para cursar estudios reglados; las prestaciones por desempleo reconocidas por la respectiva entidad gestora cuando se disfruten en la modalidad de pago único; gratificaciones extraordinarias satisfechas por el Estado español por la participación en misiones internacionales de paz o humanitarias; las indemnizaciones satisfechas por las Administraciones públicas por daños personales como consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos; las prestaciones percibidas por entierro o sepelio; las ayudas sociales a las personas con hemofilia u otras coagulopatías congénitas que hayan desarrollado la hepatitis C como consecuencia de haber recibido tratamiento con concentrados de factores de coagulación en el ámbito del sistema sanitario público; y las derivadas de la aplicación de los instrumentos de cobertura cuando cubran exclusivamente el riesgo de incremento del tipo de interés variable de los préstamos hipotecarios destinados a la adquisición de la vivienda habitual (remisión efectuada a diversos apartados del art 7 Ley 35/2006, de 28 de noviembre, del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y de modificación parcial de las leyes de los Impuestos sobre Sociedades, sobre la Renta de no Residentes y sobre el Patrimonio). Este cómputo hace referencia a los ingresos o beneficios obtenidos por los beneficiarios durante el ejercicio anterior a la solicitud, circunstancia que se examinará en el apartado correspondiente a la dinámica y gestión de esta prestación.

Los ingresos que se tienen en cuenta son los de los progenitores, no los de los hijos a cargo, pues éstos sirven para excluir o no la consideración misma del referente. Tampoco cuantos aporten otros miembros de la unidad familiar, a diferencia de las pensiones no contributivas<sup>30</sup>, por lo que la visión que se ofrece resulta sesgada por los ingresos tenidos en consideración, pero también por los excluidos. Y más cuando no cabe restringir a los progenitores el concepto de vínculo familiar en el siglo XXI.

A continuación, el legislador realiza varias precisiones en orden a aquilatar el límite establecido a las circunstancias capaces de concurrir en cada unidad familiar, tanto para subir el referente como para incluir ingresos computables:

-- En primer lugar, como no cabe aplicar el mismo límite a quienes sólo tienen un hijo a cargo que a quienes tienen más<sup>31</sup>, la cuantía anterior se incrementará en un 15 por 100 por cada hijo o menor acogido a cargo, a partir del segundo, éste incluido<sup>32</sup>. Este aumento por el segundo hijo ha sido calificado como un premio a la natalidad --escaso, se añade-- sin llegar a la técnica de la familia numerosa<sup>33</sup>.

<sup>30</sup> CASTRO ARGÜELLES, M.A.: "Prestaciones familiares", cit., pág. 1329.

<sup>31</sup> CASTRO ARGÜELLES, M.A.: "Prestaciones familiares", cit., pág. 1327.

<sup>32</sup> Hijo a cargo menor de edad o con discapacidad, no sin que concurra alguna de estas dos condiciones, STS 7 julio 1999 (RJ 1999\6444).

<sup>33</sup> MORENO DE VEGA Y LOMO, F.: "El nuevo marco jurídico de las prestaciones familiares en el Régimen General de la Seguridad Social", cit., pág. 46.

Quienes aun así superen dicha frontera, podrán ser beneficiarios de las asignaciones económicas por hijo o menor acogido a cargo cuando sus ingresos fueren inferiores a la cuantía que resulte de sumar a dicha cifra el producto de multiplicar el importe anual de la asignación por hijo o menor acogido por el número de hijos o menores acogidos a cargo de los beneficiarios. En tales casos, la cuantía anual de la asignación será igual a la diferencia entre los ingresos percibidos por el beneficiario y la cifra resultante de la operación anterior. Dicha cantidad será distribuida entre los hijos o menores acogidos a cargo del beneficiario y las mensualidades a que, dentro de cada ejercicio económico, se tenga derecho a la asignación<sup>34</sup>. No obstante, no se reconocerá ayuda económica por hijo o menor acogido a cargo, cuando la diferencia así hallada sea inferior al importe mensual de la asignación, por cada hijo o menor acogido a cargo sin discapacidad.

-- En segundo --también dirigido a las familias con más miembros, pero en esta ocasión sin que fuere necesario que tuvieren la consideración de hijo a cargo--, si se trata de personas que forman parte de familias numerosas de acuerdo con lo establecido en la Ley de Protección a las Familias Numerosas (Ley 40/2003, de 18 de noviembre), también tendrán derecho a la indicada asignación económica por hijo a cargo si sus ingresos anuales no son superiores a 17.991,42 euros, incrementándose en 2.914,12 euros por cada hijo a cargo a partir del cuarto, éste incluido para 2018.

-- La norma atiende a los ingresos reales percibidos por quienes tienen a su cargo al hijo, en el supuesto de convivencia del "padre y de la madre" --habiéndose de sustituirse tal expresión por "los progenitores", sin importar su sexo--, pues sin exigir la existencia de vínculo matrimonial o inscripción como pareja de hecho, se toman en consideración la suma de las ganancias de ambos; si tal cantidad superase los límites de ingresos establecidos, no se reconocerá la condición de beneficiario a ninguno de ellos. Igual regla se aplicará en los supuestos en que el acogimiento familiar, permanente o preadoptivo se haya constituido por dos personas que formen una misma unidad familiar. En relación con esta norma correctora del límite de rentas establecido, el art. 14.5 RD 1335/2005 presume "la existencia de convivencia entre cónyuges, salvo prueba en contrario, y no se reputará en ningún caso como supuesto de falta de convivencia la separación transitoria y circunstancial por razón de trabajo u otras causas análogas".

-- Como excepción a los requisitos clásicos de las prestaciones asistenciales, en los supuestos de hijos o menores acogidos a cargo con discapacidad (aun reconocida con posterioridad, en el supuesto, a la orfandad<sup>35</sup>), no se exigirá límite de recursos económicos<sup>36</sup> (como resultado, la prestación será vitalicia<sup>37</sup>, salvo mejora del grado atribuido al hijo). Algún autor ha apuntado la situación paradójica que se produce, pues un progenitor puede obtener una prestación por hijo a cargo mayor de edad con discapacidad cualesquiera que fueren sus ingresos y los del hijo, mientras que el propio causante no pueda acceder a la prestación por invalidez no contributiva por razón de sus rentas o los de la unidad familiar; más aún, en algunos casos la cuantía de aquélla es mayor que la de ésta<sup>38</sup>.

-- En fin, en el caso de menores abandonados o huérfanos de ambos progenitores, siempre que no se encuentren en régimen de acogimiento familiar, permanente o preadoptivo, se computarán exclusivamente los ingresos que aquéllos perciban (dado que no existe otro beneficiario a tomar en consideración); y en los casos de convivencia con un solo progenitor o adoptante, debido al fallecimiento de uno de ellos o a una nulidad matrimonial, separación judicial o divorcio, no se tendrán en cuenta los ingresos de los hijos a cargo que perciba el beneficiario en

<sup>34</sup> Sobre la cuestión, STSJ Cataluña 22 julio 2013 (JUR 2013\342859).

<sup>35</sup> STSJ Castilla y León/Burgos 28 febrero 2018 (AS 2018\780).

<sup>36</sup> STS 23 noviembre 2016 (RJ 2016\6090).

<sup>37</sup> PARDELL VEÀ, A.: "Arts. 180 a 189", cit., pág. 1192.

<sup>38</sup> CASTRO ARGÜELLES, M.A.: "Prestaciones familiares", cit., pág. 1332.

cuanto representante legal de éstos y que provengan de la pensión de orfandad y de la pensión en favor de familiares<sup>39</sup>.

d) No tener derecho, ni el padre ni la madre (de nuevo, es necesario sustituir dicha expresión por progenitores), a prestaciones de esta misma naturaleza en cualquier otro régimen público de protección social<sup>40</sup>.

La exclusión específica de disfrutar de rentas de la “misma naturaleza” no supone la imposibilidad de la percepción de otras prestaciones no contributivas, como invalidez o jubilación<sup>41</sup> (por parte de los progenitores<sup>42</sup> o los acogedores) a salvo la incompatibilidad prevista en el art. 361 LGSS respecto del propio hijo.

Esta incompatibilidad entre prestaciones familiares no comporta, sin más, la denegación de la prestación por hijo a cargo solicitada, pues el mismo precepto establece que en los supuestos en que uno de los progenitores o adoptantes esté incluido, en razón de la actividad desempeñada o por su condición de pensionista, en un régimen público de Seguridad Social, la prestación correspondiente será reconocida por dicho régimen, siempre que aquel reúna los requisitos necesarios para ser beneficiario de dicha prestación, y a continuación señala un derecho de opción en caso de derecho en varios regímenes<sup>43</sup>.

Con todo, resulta difícil de defender la incompatibilidad (o la elección obligatoria) entre ayudas fundadas en la misma causa y la compatibilidad con otras diferentes. El único motivo de rechazo habría de venir acreditado por la suficiencia de rentas, con independencia de la razón última de su percepción<sup>44</sup>.

## B) Beneficiarios de la asignación por hijo o menor a cargo

Los titulares de esta prestación familiar no contributiva, como regla general, serán los progenitores o quienes tengan el menor acogido. En los casos de separación judicial o divorcio, el derecho al percibo de la asignación se conservará para quien tenga el menor a su cargo, aun cuando se trate de persona distinta a aquella que la tenía reconocida antes de producirse la separación, la nulidad o el divorcio y siempre que sus ingresos no superen los límites exigidos, en su caso, para poder ser beneficiario de dicha prestación. Esta expresión “a su cargo” se interpreta como sinónimo de custodia, pero no parece exigir convivencia física, a riesgo de resultar injusta<sup>45</sup>, como ya se ha examinado. Cuando por resolución judicial se hubiera acordado el ejercicio compartido de la guarda y custodia, la prestación se reconocerá, previa solicitud, a cada uno de ellos, en proporción al tiempo en que le haya sido reconocida la custodia del hijo o menor (art. 11.2 RD 1335/2005).

Asimismo, serán beneficiarios de la asignación --y coincidirán causante y beneficiario-- que, en su caso, hubiera correspondido a sus padres, aquellos huérfanos de padre y madre (*rectius*, de ambos progenitores), menores de 18 años o con discapacidad en el grado requerido<sup>46</sup>; igual acaece --equiparándose a la orfandad absoluta-- cuando el progenitor supérstite no tiene al hijo a su

<sup>39</sup> Esta prestación es compatible, por tanto, con la pensión de orfandad, STSJ Andalucía/Málaga 12 julio 2017 (AS 2017\2112).

<sup>40</sup> En el caso, denegada por no acreditar que en su lugar de residencia, Marruecos, no recibía una prestación semejante, STSJ Cataluña 12 septiembre 2017 (JUR 2017\285727).

<sup>41</sup> BARRIOS BAUDOR, G.: “Prestaciones familiares por hijo a cargo”, VV.AA.: *Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social*, SEMPERE NAVARRO, A.V. (Dir.), Murcia, Laborum, 2003, pág. 964.

<sup>42</sup> Tal sucede con la pensión causada en el SOVI, habida cuenta “en el Seguro Obligatorio de Vejez e Invalidez no existían otras prestaciones que las de vejez (Orden de 2 de febrero de 1940), invalidez (Decreto de 18 de abril de 1947), y viudedad (Decreto-Ley de 2 de septiembre de 1955). Y siendo ello así no puede aplicarse a tal prestación, legalmente inexistente, unas normas sobre compatibilidad o incompatibilidad que, naturalmente, no contemplan tan singular percepción”, STS 13 febrero 2001 (RJ 2001\2517).

<sup>43</sup> STSJ Navarra 19 diciembre 2012 (JUR 2013\300942).

<sup>44</sup> RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. Y ÁLVAREZ CUESTA, H.: “Prestaciones familiares”, cit., pág. 82.

<sup>45</sup> FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. Y MARTÍNEZ BARROSO, M.R.: *Las prestaciones familiares de la Seguridad Social*, cit., pág. 41.

<sup>46</sup> STSJ Cataluña 15 julio 2016 (AS 2016\1655).



cargo<sup>47</sup>; en fin, el mismo criterio se seguirá en el supuesto de quienes no sean huérfanos y hayan sido abandonados por sus padres, siempre que no se encuentren en régimen de acogimiento familiar, permanente o preadoptivo.

En ambos casos, la referencia a los ingresos mínimos habrá de cumplirse por los causantes-beneficiarios, salvo supuestos de discapacidad con los porcentajes apuntados. “Con todo, cuando la asignación se reconoce al hijo a cargo huérfano absoluto, de existir pensión de orfandad percibida por el mismo, el resultado será un acceso menos asequible a la asignación que el que existiría de ser beneficiario alguno de los progenitores; porque si, en este último supuesto, en el límite de ingresos no computa lo percibido por el hijo en concepto de pensión de orfandad, tales ingresos sí se consideran cuando el beneficiario es el propio hijo pensionista, restringiendo por esta vía la protección y eludiendo, de facto, una sustitución automática por el hijo de la posición de beneficiario que hubiera debido reconocerse al progenitor”<sup>48</sup>.

Falta, con todo, atender a aquellos supuestos de menores que conviven con familiares distintos o con otras personas a las que no les une lazo por consanguinidad o afinidad aun sin ser huérfanos.

También serán beneficiarios de las asignaciones que en razón de ellos corresponderían a sus padres, los hijos con discapacidad mayores de dieciocho años que no hayan sido incapacitados judicialmente y conserven su capacidad de obrar. De nuevo sin límite de ingresos, se reitera y por ello, accederán a esta prestación quienes disfruten de una invalidez no contributiva como cuantos no hayan podido acceder por los ingresos requeridos, ampliando así la protección de las personas con discapacidad a través de esta vía indirecta pero más generosa que la tradicional<sup>49</sup>.

“El objetivo perseguido por el legislador ha sido mitigar en la mayor medida posible la carga que para los padres supone la minusvalía del hijo, con lo cual no sólo se protege y ayuda a los padres mientras el hijo está a su cargo (no olvidemos que aquéllos vienen obligados a prestar alimentos a éste en la medida integral que resulta de lo dispuesto en los arts. 142 y 143 del Código Civil), sino también al propio hijo, que, con tan elevado grado de discapacidad, es presumible que carecerá de toda cobertura de sus necesidades si sus padres le faltan, sea cual fuere el momento del fallecimiento de éstos y el de surgimiento de la minusvalía. En resumen, la conclusión a la que debe llegarse con respecto a la prestación de referencia es la de que nunca son causantes de ella los padres, sino que, en todo caso, lo es el hijo, si bien varía, según las circunstancias, la persona preceptora de la asignación, causada siempre --hay que insistir en ello-- por el hijo: una vez causada la prestación, su percepción corresponderá, en su caso, a los padres, o aquél que de ellos viva, porque con ella trata el legislador de ayudar a los progenitores a soportar la carga alimenticia que la Ley civil les impone; y, en caso de fallecimiento de ambos progenitores --tanto si es antes como si es después de la aparición de la discapacidad--, coinciden plenamente la persona del causante y la del preceptor, que también será el hijo, pues en este caso se halla ‘a cargo de sí mismo’, teniendo la asignación por finalidad atender a mitigar su propio estado de necesidad”<sup>50</sup>. En el caso comentado, el hijo con discapacidad mayor de 18 años no pierde la asignación por posterior matrimonio, dado que no tiene que acreditar carencia de rentas<sup>51</sup>.

### C) Cuantía escasa e insuficiente de la asignación por hijo o menor a cargo

El legislador establece una asignación económica, anual y ordinaria, para los hijos a cargo sin discapacidad con una cuantía, para 2018, de 291 euros. Como ya se anunció al comienzo de este estudio, la asignación por sustento de un hijo para familias con ingresos muy bajos no cubre los

<sup>47</sup> FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. Y MARTÍNEZ BARROSO, M.R.: *Las prestaciones familiares de la Seguridad Social*, cit., pág. 50.

<sup>48</sup> VALDEOLIVAS GARCÍA, Y.: “Las prestaciones familiares a la luz de las políticas de apoyo a la familia y de conciliación de la vida laboral y familiar”, cit., pág. 72.

<sup>49</sup> CASTRO ARGÜELLES, M.A.: “Prestaciones familiares”, cit., pág. 1332.

<sup>50</sup> SSTS 4 octubre 2006 (RJ 2006\8162), 4 julio y 27 noviembre 2007 (RJ 2008\104 y 1971) y STSJ Galicia 4 febrero 2013 (JUR 2013\96056).

<sup>51</sup> STSJ Andalucía/Granada 27 marzo 2014 (JUR 2014\172753).

gastos producidos por el vástago, ni siquiera una parte significativa, y mientras el umbral de renta para su percepción aumenta mínimamente, el beneficio obtenido se estanca y permanece testimonial<sup>52</sup>.

La cantidad se incrementa, no obstante, en consideración a la discapacidad del hijo:

- a) 1.000 euros cuando el hijo o menor acogido a cargo tenga un grado de discapacidad igual o superior al 33 por ciento.
- b) 4.561,20 euros cuando el hijo a cargo sea mayor de 18 años y esté afectado por una discapacidad en un grado igual o superior al 65 por ciento.
- c) 6.842,40 euros cuando el hijo a cargo sea mayor de 18 años, esté afectado por una discapacidad en un grado igual o superior al 75 por ciento y, como consecuencia de pérdidas anatómicas o funcionales, necesite el concurso de otra persona para realizar los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse, desplazarse, comer o análogos.

El acrecentamiento sólo resulta significativo a partir del porcentaje de discapacidad de 65 %; ítem más, la cuantía general (y paupérrima) podría verse reducida aún más de aplicar las reglas de reducción de la prestación contenidas en el art.352 LGSS<sup>53</sup>. Si se desea que esta prestación cumpla la finalidad pretendida, debe incrementarse su cuantía, pues de otro modo queda en mera anécdota su percepción.

#### D) Dinámica de la prestación no contributiva por hijo o menor a cargo

De conformidad con el art. 17 RD 1335/2005, el reconocimiento del derecho a la asignación económica por hijo o menor acogido a cargo surtirá efectos a partir del día primero del trimestre natural inmediatamente siguiente al de la presentación de la solicitud, “en modo alguno se permite que la retroacción de sus efectos a la fecha en que pasó a estar a cargo del padre en la cartilla de la Seguridad Social”<sup>54</sup>.

Sí cabe, en cambio, presentar la misma con anterioridad a la resolución de la discapacidad (de acuerdo con el art. 28.1 RD 1335/2005, “podrá iniciarse el procedimiento con la aportación por parte del interesado de la solicitud de reconocimiento de grado de minusvalía efectuada ante el órgano competente, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 15”<sup>55</sup>), y anticipar los efectos económicos prestacionales de una resolución futura<sup>56</sup>.

El abono de la asignación económica se llevará a cabo directamente por la Tesorería General de la Seguridad Social. Con carácter general, el pago será semestral y deberá efectuarse por semestre vencido, salvo en las asignaciones económicas por hijo con discapacidad a cargo mayor de 18 años, respecto de las cuales el pago será de periodicidad mensual, y se efectuará por mensualidad vencida (art. 18 RD 1335/2005).

Con el fin de aquilatar la asistencialidad de la prestación, el art. 355 LGSS impone, además, a todo beneficiario la obligación de declarar cuantas variaciones se produzcan en su familia, siempre que éstas deban ser tenidas en cuenta a efectos del nacimiento, modificación o extinción del derecho (con la excepción de aquellos hechos o circunstancias, tales como el importe de las pensiones y subsidios, que la Administración de la Seguridad Social deba conocer por sí directamente). Asimismo, y como deber genérico (salvo cuantas prestaciones tengan origen en una

<sup>52</sup> RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. Y ÁLVAREZ CUESTA, H.: “Prestaciones familiares”, cit., págs. 83 y ss.

<sup>53</sup> CASTRO ARGÜELLES, M.A.: “Prestaciones familiares”, cit., pág. 1335.

<sup>54</sup> STSJ Galicia 25 junio 2014 (JUR 2014\211052).

<sup>55</sup> STSJ Comunidad Valenciana 17 diciembre 2013 (JUR 2014\114425). Sobre la posibilidad de solicitud de la prestación y la revisión del grado de discapacidad, STSJ Galicia 24 marzo 2014 (JUR 2014\208341).

<sup>56</sup> STSJ Comunidad Valenciana 15 abril 2014 (JUR 2014\188367).

discapacidad del causante), estará obligado a presentar, dentro del primer trimestre de cada año, una declaración expresiva de los ingresos habidos durante el año anterior<sup>57</sup>.

Cuando se produzcan variaciones extraordinarias debidamente comunicadas o producto de la declaración anual, surtirán efecto, en caso de nacimiento del derecho, a partir del día primero del trimestre natural inmediatamente siguiente a la fecha en que se haya solicitado el reconocimiento del mismo y, en caso de extinción del derecho, tales variaciones no producirán efecto hasta el último día del trimestre natural dentro del cual se haya producido la variación de que se trate<sup>58</sup>.

La extinción de la prestación vendrá motivada, bien por el cumplimiento de la mayoría de edad para los hijos o acogidos sin discapacidad, por el incremento de rentas en la familia a los efectos considerada o, como supuestos más excepcionales, por ejercicio del derecho de opción o revisión del grado de discapacidad<sup>59</sup>. El art. 17, en sus apartados 3 y 4, especifica los tiempos para dos situaciones particulares de supresión o variación: por un lado, cuando la extinción o modificación venga motivada por la novación de los ingresos anuales computables, ésta surtirá efectos el día 1 de enero del año siguiente a aquel al que correspondan dichos ingresos; por otro, y si la extinción de la asignación económica por hijo o menor acogido a cargo se produjera por incompatibilidad con la pensión de invalidez o de jubilación, en su modalidad no contributiva, sus efectos económicos cesarán el último día del mes en que hubiera sido presentada la solicitud de pensión.

## 2. PRESTACIÓN ECONÓMICA DE PAGO ÚNICO A TANTO ALZADO POR NACIMIENTO O ADOPCIÓN DE HIJO EN VARIOS SUPUESTOS ESPECIALES DE FAMILIAS

Esta ayuda y la siguiente tiene como finalidad compensar (si bien en una parte ínfima) los mayores gastos acaecidos en caso de nacimiento o adopción de hijos en determinados casos, donde se considera que la repercusión de los gastos provocados por el nuevo descendiente será mayor, pero deja extramuros de su ámbito de protección a las situaciones de acogimiento o guarda, quizá por venir configurado como un pago único (y por ello no vinculado a la permanencia del menor como en el supuesto anterior).

Los beneficiarios de esta prestación no contributiva se dividen en tres grandes subgrupos en atención a la circunstancia del nacimiento o adopción de un hijo (la Ley 35/2007, de 15 de noviembre, por la que se establece la deducción por nacimiento o adopción en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y la prestación económica de pago único de la Seguridad Social por nacimiento o adopción, amplió la prestación de pago único por nacimiento o adopción de tercer o sucesivo hijo en sus orígenes referidas exclusivamente a las familias numerosas, pero dicha variación no ha sido trasladada todavía al reglamento que la desarrolla, el cual sigue hablando de prestación económica de pago único por nacimiento o adopción de un tercer o sucesivos hijos):

- Familia numerosa, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de Protección a las Familias Numerosas<sup>60</sup>.
- Familia monoparental, entendiéndose por tal la constituida por un solo progenitor con el que convive el hijo nacido o adoptado y que constituye el sustentador único de la familia, aun cuando el otro progenitor no haya muerto<sup>61</sup>. Esta prestación la percibirá

<sup>57</sup> Sancionando su ausencia, STSJ Cataluña 29 marzo 2011 (JUR 2011\200992).

<sup>58</sup> Un ejemplo en STSJ Galicia 20 marzo 2014 (JUR 2014\205793).

<sup>59</sup> Sobre esta última posibilidad y sus tiempos, STSJ Islas Canarias/Las Palmas 27 febrero 2012 (JUR 2012\192403).

<sup>60</sup> Sobre el cómputo de los hijos en la redacción anterior, “los dos o más hijos a que se refiere el precepto legal, son los que ya se tengan a cargo con anterioridad al nacimiento o adopción de un nuevo hijo, luego, a los efectos de la prestación regulada en este precepto, únicamente podrá computar por dos el hijo afectado por una minusvalía superior al 33 por ciento que sea distinto de aquel cuyo nacimiento o adopción la genera”, STSJ Comunidad Valenciana 10 mayo 2011 (JUR 2011\281208).

<sup>61</sup> STSJ Comunidad Valenciana 3 julio 2013 (JUR 2013\324732).

por el primer y, en su caso, sucesivos hijos mientras siga acreditando dicha condición<sup>62</sup>.

- Madres con discapacidad igual o superior al 65 %<sup>63</sup>. El femenino utilizado por el precepto cierra los ojos (e impide el acceso) a nuevas realidades familiares donde el padre adoptante pudiera tener dicho porcentaje de discapacidad. De hecho, el literal plantea dudas sobre su constitucionalidad y choca frontalmente con la corresponsabilidad demandada por la sociedad y por las últimas normas en materia de igualdad. Si la finalidad última de la distinción radica en un intento de compensar a la mujer por los costes asumidos de manera general y mayoritaria (personales y laborales) por el cuidado de los hijos, esta reducción de la prestación concedida contribuye a mantener, a la par, esa misma situación<sup>64</sup>.

El art. 21 RD 1335/2005 se ocupa de detallar, de concurrir varios beneficiarios, a quien corresponde: en el supuesto de convivencia de los progenitores o adoptantes, será beneficiario cualquiera de ellos determinado de común acuerdo. Se presumirá que existe acuerdo cuando la prestación se solicite por uno de aquéllos, y a falta de acuerdo será beneficiaria la madre, en su caso (estableciendo una preferencia atentatoria contra el derecho del otro progenitor, máxime si hay dos madres); cuando los progenitores o adoptantes no convivan, será beneficiario el que tenga a su cargo la guarda y custodia del hijo; y, finalmente, cuando el causante hubiera quedado huérfano de ambos progenitores o adoptantes o esté abandonado, será beneficiaria de la prestación económica la persona física que legalmente se haga cargo de aquél. Con la referencia específica a “persona física” excluye --por omisión-- como beneficiarios a las entidades públicas o privadas que pudieran asumir su custodia<sup>65</sup> y tampoco parece contemplar la posibilidad de que el propio huérfano asuma este beneficio<sup>66</sup>.

Los requisitos para lucrar la prestación no contributiva, en virtud de la remisión efectuada al art. 352 LGSS por el art. 357 LGSS, son los siguientes:

- Residir legalmente en territorio español.
- No percibir ingresos anuales, de cualquier naturaleza, superiores a 11.953,94, incrementándose en un 15 por 100 por cada hijo o menor acogido a cargo, a partir del segundo, éste incluido. Para la suma de las rentas a considerar a estos efectos, cabe tener por reproducidas las cuestiones analizadas en la prestación anterior. No obstante, si se trata de personas que forman parte de familias numerosas de acuerdo con lo establecido en la Ley de Protección a las Familias Numerosas, también tendrán derecho a la indicada asignación económica por hijo a cargo si sus ingresos anuales no son superiores a 17.991,42 euros, incrementándose en 2.914,12 euros por cada hijo a cargo a partir del cuarto, éste incluido.). En el supuesto de convivencia del padre y de la madre, si la suma de los ingresos percibidos por ambos superase los límites establecidos, no se reconocerá la condición de beneficiario a ninguno de ellos.

A continuación, y a semejanza de la prestación anterior, se aquilata el límite de ingresos requerido cuando se ha superado por un margen escaso: si los ingresos anuales percibidos, por cualquier naturaleza, superan el límite explicitado pero son inferiores al importe conjunto que resulte de sumar a dicho límite el importe de la prestación (1.000 euros), la cuantía de esta última será igual a la diferencia entre los ingresos percibidos por el beneficiario y el indicado importe conjunto. De nuevo, y

<sup>62</sup> Sobre las dificultades de este tipo de familias, AGRA VIFORCOS, B.: “Dificultades para la integración laboral de las familias monoparentales”, en AA.VV.: *La inserción laboral de las mujeres en riesgo de exclusión social*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2015, págs. 65 y ss.

<sup>63</sup> STSJ Castilla-La Mancha 16 noviembre 2017 (JUR 2018\24630).

<sup>64</sup> CASTRO ARGÜELLES, M.A.: “Prestaciones familiares”, cit., pág. 1350.

<sup>65</sup> FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. Y MARTÍNEZ BARROSO, M.R.: *Las prestaciones familiares de la Seguridad Social*, cit., pág. 67.

<sup>66</sup> En contra, GARCÍA ROMERO, B.: “La protección familiar en el sistema español de Seguridad Social”, *AS*, núm. 14, 2000, pág. 18.

para evitar prestaciones ínfimas, no se reconocerá la prestación en los supuestos en que la citada diferencia sea inferior al importe mensual de la asignación, por cada hijo o acogido no minusválido (no al importe a tanto alzado de la discutida, claro está), de acuerdo con el art. 358 LGSS). Como resultado de las reglas anteriores, se supedita la percepción de una prestación a tanto alzado a unos ingresos rayando en lo ínfimo, lo cual contraviene la finalidad última de potenciar la natalidad y luchar contra el envejecimiento<sup>67</sup>.

Más aún, desaparece la excepción prevista en la prestación anterior para los hijos con discapacidad. Dado que la finalidad de la prestación es compensar los gastos que provoca el nacimiento o la adopción de un hijo, independientemente de su discapacidad<sup>68</sup>, sólo se tendría en cuenta la de la madre en el último supuesto, pero no para eliminar este requisito.

- No tener derecho, ni el padre ni la madre, a prestaciones de esta misma naturaleza en cualquier otro régimen público de protección social, no en vano el carácter subsidiario de estas prestaciones y su incompatibilidad (y consiguiente derecho de opción) con otras.

La cuantía a percibir, en un pago único, es de 1.000 euros (art. 358 LGSS), invariable en los últimos años e igual para las tres variantes de beneficiarios, esto es, sin establecer distinciones entre las tres modalidades en orden a sus especiales circunstancias.

### 3. PRESTACIÓN POR PARTO O ADOPCIÓN MÚLTIPLES

Esta ayuda aparece destinada a quienes hayan tenido un parto o adopción de carácter múltiple (dos o más), sin mencionar --y por ello cabe entender excluidos-- supuestos de guarda o acogida. En esta misma línea, resulta difícil vincular el objetivo último de la misma con un posible incentivo a la natalidad, en tanto el nacimiento doble (no así la adopción) responde a un dato aleatorio<sup>69</sup>.

Los beneficiarios son el padre o la madre --de nuevo, dejando al margen otros modelos familiares-- y, en su defecto, el precepto reenvía su determinación al reglamento de desarrollo. Éste, en su art. 25, establece que, en el supuesto de convivencia de los progenitores o adoptantes, será beneficiario de la prestación cualquiera de ellos, determinado de común acuerdo, presumiéndose que existe cuando la prestación se solicita por uno de aquéllos; a falta de acuerdo, como sucede con las prestaciones anteriormente analizadas, la madre será la beneficiaria (preferencia que trata de compensar los superiores gastos en tiempo y dinero que realizan las mujeres, pero que, de hecho, perpetúa la tradicional asignación de roles).

El resto de asignación de beneficiarios sigue también el camino marcado por la prestación por hijo a cargo: cuando los progenitores o adoptantes no convivan, lucrará la prestación el que tenga a su cargo la guarda y custodia de los hijos y si los causantes quedan huérfanos de ambos progenitores o adoptantes o sean abandonados, corresponderá a la persona física (no jurídica) que legalmente se haga cargo de ellos.

Para acceder a esta prestación es necesario que concurra el hecho causante, definido en este caso por la existencia de parto o adopción múltiples, es decir, cuando el número de nacidos o adoptados sea igual o superior a dos. Para causar el derecho, el nacimiento o la formalización de la adopción ha de producirse en España y los beneficiarios también residir en territorio nacional. A estos efectos, se reputará producido en España el nacimiento o la adopción que tenga lugar en el extranjero cuando se acredite que el hijo se ha integrado de manera inmediata en un núcleo

<sup>67</sup> FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. Y MARTÍNEZ BARROSO, M.R.: *Las prestaciones familiares de la Seguridad Social*, cit., pág. 61.

<sup>68</sup> ROALES PANIAGUA, E.: “Sinopsis de las prestaciones familiares en España”, cit., pág. 28 y JURADO SEGOVIA, A.: “El nuevo reglamento sobre prestaciones familiares de la Seguridad Social”, cit., pág. 39.

<sup>69</sup> FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. Y MARTÍNEZ BARROSO, M.R.: *Las prestaciones familiares de la Seguridad Social*, cit., pág. 71.

familiar con residencia en territorio español (art. 24.1 RD 1335/2005). Parece incluir, por esta vía, el acceso a la prestación analizada de aquellas paternidades o maternidades originadas por “vientres de alquiler” o gestación subrogada.

De igual modo, cabe dar por reproducidas en este punto las previsiones contenidas en los Reglamentos sobre la coordinación de Sistemas de Seguridad Social en la Unión Europea.

En los casos de parto o adopción múltiple, cuando uno de los hijos nacidos o adoptados esté afectado por una discapacidad igual o superior al 33 por ciento, merced al reenvío que el art. 24.2 realiza al art. 20.3 RD 1335/2005, computa doble. La lógica fuerza a entender que si son dos los hijos con discapacidad, ambos contarán el doble también<sup>70</sup> y si se produce el nacimiento de un hijo con discapacidad, también los progenitores tendrán derecho a esta prestación en tanto parto o adopción, en su caso, ficticiamente múltiple<sup>71</sup>.

Además (como sucede con todas las familiares de carácter asistencial), no han de tener derecho, ni el padre ni la madre, a prestaciones de esta misma naturaleza en cualquier otro régimen público de protección social, aun cuando no cabe afirmar de modo taxativo este carácter respecto a otras prestaciones de asistencia social externa al sistema reguladas por las Comunidades Autónomas<sup>72</sup>. Nada impide que una misma unidad lucre las tres prestaciones asistenciales referidas en supuestos de parto o adopción múltiples, en familias con escasos ingresos (hijo a cargo) y en los que concorra una de las situaciones previstas en el art. 357 LGSS (familia numerosa, monoparental o madre con discapacidad).

En fin, como última condición, en este caso inexistente, no se requiere carencia de rentas, diluyendo --una vez más-- la frontera entre lo contributivo y lo asistencial<sup>73</sup>, pero sin inclinar la balanza hacia ninguna de las dos posibilidades, bien su configuración como mecanismo destinado a hacer frente a estados de necesidad reales, probada y acreditada la carencia<sup>74</sup>, bien su construcción como universal.

La cuantía de la prestación económica por parto o adopción múltiples dependerá del número de hijos nacidos o adoptados y del salario mínimo interprofesional en cada momento vigente, de conformidad con el cuadro recogido en el art. 360 LGSS. La revalorización de la prestación dependerá, entonces, de la propia prevista para el SMI y no de la general fijada para otras prestaciones como la jubilación o la incapacidad permanente. En este sentido, el incremento experimentado por este repercute de manera directa en la cuantía de la prestación analizada. Como regla de cierre y para evitar una prestación exponencial, finaliza la progresión aritmética entre el número de hijos y el múltiplo del citado referente en cuatro o más hijos (difícilmente alcanzará un parto un número superior) y un máximo de 12 veces aquél.

### III. CONCLUSIONES

Como se apuntó al principio, las prestaciones familiares constituyen las grandes olvidadas, la Cenicienta de la acción protectora de la Seguridad Social por los fallos que las aquejan, su dispersión normativa, su escasa adaptación a las sucesivas modificaciones llevadas a cabo en la LGSS y, en fin, la falta de adecuación a la coyuntura socioeconómica. A ello se une su naturaleza dual y oscilante entre la vocación de universalidad en la protección a la familia y el carácter de asistencialidad protector de los más débiles<sup>75</sup>. Sin olvidar tampoco la creciente situación de “pluralismo” familiar que hace preciso encontrar técnicas de protección familiar que alcancen a todas sus manifestaciones; especialmente, teniendo en cuenta que entre estas nuevas realidades

<sup>70</sup> JURADO SEGOVIA, A.: “El nuevo reglamento sobre prestaciones familiares de la Seguridad Social”, *REDT*, núm. 130, 2006, pág. 416.

<sup>71</sup> BARRIOS BAUDOR, G. Y BLÁZQUEZ AGUDO, E.M.: *Prestaciones familiares*, cit., pág. 157.

<sup>72</sup> CASTRO ARGÜELLES, M.A.: “Prestaciones familiares”, cit., pág. 1357.

<sup>73</sup> FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. Y MARTÍNEZ BARROSO, M.R.: *Las prestaciones familiares de la Seguridad Social*, cit., pág. 69.

<sup>74</sup> MALDONADO MOLINA, J.A.: “La protección social por nacimiento de hijo”, *RTSS (CEF)*, núm. 230, 2002, pág. 125.

<sup>75</sup> RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S. Y ÁLVAREZ CUESTA, H.: “Prestaciones familiares”, cit., págs. 77 y ss.

familiares se encuentran algunas en graves situaciones de necesidad y en peligro de exclusión social<sup>76</sup>.

Forzoso resulta, ante tal panorama, reflexionar sobre su futuro más lejano (o cercano): su transformación y la necesaria reconfiguración de beneficiarios, requisitos y cuantía. Por un lado, es preciso apostar por una protección social fundada en el hijo (hasta los 25 años) y no tanto enfocada en los progenitores. De este modo, primaría su necesidad objetiva (carencia de rentas) a la vista de la situación concurrente en su unidad familiar (como quiera que estuviera constituida). La opción entre la universalidad o la asistencialidad supone no tanto una elección como una imposición derivada de los costes, pero en ningún caso tiene que implicar una prestación tan desdibujada que acaba por semejar caridad.

Por otro, las previsiones dirigidas a velar por los hijos (o por algún progenitor, no necesariamente mujer) con discapacidad merecen, también, una regulación uniforme y autónoma, destinada a tutelar de forma integral las diversas etapas y avatares de una persona en tal circunstancia.

Lamentablemente, el crecimiento expansivo de estas demandas sociales de protección a la familia y el aumento de costes para su satisfacción se enfrenta a los cada vez más limitados recursos disponibles, afectados negativamente tanto por la recesión económica como por la falta de liquidez de los poderes públicos sumidos en la necesidad de respetar los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, pero ello no debe impedir apostar por una mejora a largo plazo en el sentido indicado. Quizá por ello, en esa necesidad de equilibrio, convendría eliminar aquella prestación que no acude a la necesidad del beneficiario sino al solo hecho del nacimiento o adopción múltiples, en un momento social donde tal hecho ha dejado de constituir una circunstancia excepcional.

En fin, el actual elenco de prestaciones familiares reconocido por el Sistema de Seguridad Social español no agota la obligación constitucional impuesta de proteger y promover la familia, ni tampoco la vocación de universalidad con la que parecieron concebirse. Por ello, cabe apuntar e imitar otras<sup>77</sup>, como la prestación por crianza de hijos alemana (destinada a los padres, madres o parientes que no trabajen o trabajen a tiempo parcial, hasta 30 horas a la semana y que cuiden personalmente de un hijo durante sus primeros 14 meses de edad en su hogar), francesa, belga, sueca u holandesa o la prestación por adopción de hijos extranjeros en Suecia.

---

<sup>76</sup> ALMENDROS GONZÁLEZ, M.A.: “Régimen jurídico de las prestaciones familiares en España y su coordinación en el Reglamento CE 883/2004”, en AA.VV.: *Protección social en España, en la Unión Europea y en el Derecho Internacional*, Murcia (Laborum), 2017, pág. 440.

<sup>77</sup> Siguiendo en esta enumeración a TRILLO GARCÍA, A. Y GARCÍA PEREA, P.: “Prestaciones familiares en Derecho Comparado y coordinación de prestaciones familiares no contributivas en los Reglamentos 883/2004 y 987/2009”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 32, 2012.





# CAPÍTULO VI. EL IMPACTO DE LA CONCILIACIÓN EN EL ACCESO A LA PROTECCIÓN DEL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL Y EN LA INTENSIDAD DE LA COBERTURA: LA BRECHA PRESTACIONAL ENTRE MUJERES Y HOMBRES EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL

CRISTINA ARAGÓN GÓMEZ

*Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad Carlos III de Madrid*

## I. LA SITUACIÓN LABORAL DE LA MUJER EN EL MERCADO DE TRABAJO ESPAÑOL

Uno de los fenómenos más importantes de la segunda mitad del siglo XX ha ido la masiva incorporación de la mujer al mercado laboral. En España, en los últimos cuarenta años, la población activa femenina ha aumentado en casi 7 millones. No obstante, pese a esta evolución, la participación laboral de las mujeres sigue siendo significativamente más baja que la de los hombres. En efecto, la tasa de actividad<sup>1</sup> de las mujeres se encuentra once puntos por debajo de la tasa de los hombres (52,94 % frente a 64,29 %)². Si entre los jóvenes, la diferencia entre los sexos es poco significativa, esta distancia se va incrementando con la edad, fundamentalmente a partir de los treinta años, lo que parece tener su justificación en la tardía incorporación de la mujer al mercado de trabajo y en el abandono del mismo por el nacimiento de un hijo o por la atención de familiares en situación de dependencia. De hecho, la tasa de actividad de las mujeres casadas (54,73 %) es cerca de 9 puntos inferior a la tasa de actividad de las mujeres solteras (63,27 %); cuando en el caso de los hombres, la diferencia sólo varía en 4,5 puntos³.

Si tomamos en consideración el motivo por el cual las mujeres no buscan empleo, constatamos que 24 de cada 100 mujeres alegan la asunción del cuidado de hijos o familiares enfermos, mayores o con discapacidad u otras responsabilidades familiares; porcentaje que se incrementa hasta el 53 % si nos referimos exclusivamente a las mujeres que no buscan empleo entre los 25 y los 49 años de edad; cuando, en el caso de los hombres, en ese mismo tramo, el principal motivo para no buscar empleo es encontrarse enfermo o incapacitado para el trabajo, y sólo 10 hombres de cada 100 que no buscan trabajo alegan tener familiares a su cuidado o asumir otro tipo de responsabilidades también familiares⁴.

Por su parte, la tasa de empleo<sup>5</sup> femenina es igualmente menor, pues se concreta en un 43,11 %, cuando la de los hombres es del 54,60 %⁶. Y a este respecto, resulta especialmente

---

<sup>1</sup> Resultado de dividir el total de la población activa (aquella que trabaja o busca trabajo activamente) y la población en edad de trabajar.

<sup>2</sup> INE. Encuesta de Población Activa. Tasas de actividad por sexo y grupo de edad. Datos a 1T 2018.

<sup>3</sup> INE. Encuesta de Población Activa. Tasas de actividad por estado civil, sexo y grupo de edad. Datos del 1T 2018.

<sup>4</sup> INE. Personas inactivas, razones para no buscar empleo según grupos de edad. Datos a 2017.

<sup>5</sup> Que es la relación entre la población ocupada y la población en edad de trabajar.

elocuente la influencia que las responsabilidades familiares tienen en los niveles de ocupación. En el caso de los hombres, la tasa de empleo de aquellos que tienen entre 25 y 49 años de edad e hijos menores de 12 años (88 %) es superior a la tasa de empleo de aquellos que no tienen hijos en ese mismo tramo de edad (83 %). Cuando, en el caso de las mujeres, el resultado es cabalmente el contrario, pues la tasa de empleo se reduce cuatro puntos con el primer hijo, en seis puntos y medio con el segundo y en veintidós puntos con el tercero y siguientes<sup>7</sup>.

El desempleo también afecta en mayor medida a las mujeres que a los hombres, pues su tasa de paro es 3,36 puntos superior<sup>8</sup>. Y en este sentido, conviene advertir que las mujeres presentan una menor cobertura por parte del sistema. Según las estadísticas del SEPE correspondientes al primer trimestre del 2018, la tasa de cobertura de las mujeres se concreta en un 53,3 %, cuando en el caso de los hombres asciende al 64,1 %<sup>9</sup>.

Además, las mujeres también han tenido y tienen tasas de temporalidad superiores a los hombres (27,18 % frente al 25,13 %)<sup>10</sup>, *“por lo que pueden estar sometidas a niveles de rotación mayores y más expuestas a períodos de no empleo y, por tanto, de no cotización”*<sup>11</sup>.

Esta precariedad laboral se manifiesta también en un mayor peso de la mujer en la contratación a tiempo parcial. Los datos son elocuentes: Del total de ocupados que prestan servicios con una jornada parcial, el 74,76 % son mujeres<sup>12</sup>. Y del total de mujeres ocupadas, un 24,5 % lo hace a tiempo parcial. Esto provoca que, en la práctica, las mujeres trabajen a la semana seis horas menos que los hombres por término medio<sup>13</sup>. Además, con respecto a las tasas de parcialidad, resulta de interés destacar dos datos<sup>14</sup>: De un lado, el porcentaje de involuntariedad del trabajo a tiempo parcial femenino es preocupante, pues se sitúa en un 52,13 %<sup>15</sup>. De otro lado, del total de mujeres ocupadas a tiempo parcial, un 20,43 % alega -como motivo de la parcialidad- la asunción de tareas de cuidado, así como otras obligaciones familiares o personales; un porcentaje que se incrementa hasta el 30,42 % si contabilizamos únicamente a las mujeres ocupadas a tiempo parcial entre los 30 y los 49 años de edad, mientras que los hombres en este mismo tramo de edad sólo alegan estos motivos en un 6 % de los casos.

En síntesis, la mujer no sólo se incorpora al mercado laboral en menor medida que los hombres, sino que cuando lo hace trabaja menos horas y durante menos años. Gran parte de estas interrupciones en su carrera profesional se encuentran motivadas por la asunción de responsabilidades familiares<sup>16</sup>. Así, por ejemplo, durante el año 2017, tan sólo el 1,9 % de las bajas por maternidad fue cedida al padre. En el caso de las excedencias por cuidado de hijos, son las mujeres las que en un 92,33 % de los supuestos hacen uso de este derecho. Y por lo que respecta a las excedencias por cuidado de familiares, el porcentaje de suspensiones de contrato disfrutadas

<sup>6</sup> INE. Encuesta de Población Activa. Tasas de empleo por distintos grupos de edad, sexo y comunidad autónoma. Datos a 2017.

<sup>7</sup> INE. Tasa de empleo de las personas de 25 a 49 años sin hijos/con hijos menores de 12 años según periodo. Datos a 2017.

<sup>8</sup> INE. Encuesta de Población Activa. Tasas de paro por sexo y grupo de edad. Datos 1T 2018.

<sup>9</sup> SEPE. Prestaciones por desempleo. Resumen de datos a marzo de 2018.

<sup>10</sup> Datos que se desprenden del INE. Encuesta de Población Activa. Ocupados por tipo de contrato o relación laboral de los asalariados, sexo y tipo de jornada. Datos 1T 2018.

<sup>11</sup> CEBRIÁN LÓPEZ, Inmaculada y MORENO RAYMUNDO, Gloria. “Tiempo cotizado, ingresos salariales y sus consecuencias para las pensiones: diferencias por género al final de la vida laboral”. *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 2015, vol. 33, núm 2, p. 317.

<sup>12</sup> INE. Encuesta de Población Activa. Ocupados por tipo de jornada, sexo y sector económico. 1T 2018.

<sup>13</sup> INE. Encuesta de Población Activa. Número medio de horas efectivas semanales trabajadas por todos los ocupados (hayan o no trabajado en la semana) por situación profesional, sexo y rama de actividad (empleo principal). Datos 1T 2018.

<sup>14</sup> Ambos obtenidos de las estadísticas del INE. Encuesta de Población Activa. Ocupados a tiempo parcial por motivo de la jornada parcial, sexo y grupo de edad. 1T 2018.

<sup>15</sup> Si bien es cierto que este dato es aún más preocupante en el caso de los hombres, dado que el porcentaje es aún mayor, situándose en un 60,38 %.

<sup>16</sup> Anuario de estadísticas laborales. Prestaciones de maternidad, según sexo del perceptor, e importe, por comunidad autónoma y provincia. Año 2017.

por mujeres se concreta en el 83,66 %<sup>17</sup>. A mayor abundamiento, de cada 100 hombres que tomaron una excedencia en su trabajo para dedicarse al cuidado de un hijo, el 49,20 % la solicitó por menos de un mes y el 22,46 % la solicitó por un período de uno a tres meses. En el caso de las mujeres, sin embargo, de cada 100 excedencias el 56,12 % se prolongó por un período de tiempo superior al año<sup>18</sup>. Los datos relativos a las condiciones de retorno, tras el disfrute de una excedencia por cuidado de hijos, también son significativos: Concluida la suspensión del contrato, todos los hombres vuelven a una jornada de trabajo a tiempo completo. En el caso de las mujeres, sin embargo, sólo el 55 % vuelve a trabajar a tiempo completo, mientras que el 35 % vuelve con reducción de jornada, un 7 % deja el empleo y un 3 % es despedida.

Los anteriores datos evidencian la falta de corresponsabilidad existente aún en la asunción de responsabilidades domésticas y familiares. Si, con carácter general, los hombres dedican más tiempo al trabajo extradoméstico<sup>19</sup> y menos al doméstico<sup>20</sup>, cuando en el hogar se constata la presencia de hijos pequeños o de personas adultas en situación de dependencia el tiempo de dedicación al hogar de las mujeres se duplica, permaneciendo inalterable el tiempo de dedicación de los hombres. Y no podemos perder de vista que este desigual reparto de las tareas domésticas y de cuidado tiene efectos en el mercado de trabajo, tanto directos (incompatibilidad con ocupaciones que requieren un mayor número de horas), como indirectos (dificultades para promocionar, menor paga en salario variable o por objetivos)<sup>21</sup>.

Por último, debemos tener en cuenta que los ingresos salariales de las mujeres son inferiores a los de los hombres. Según la encuesta anual de estructura salarial<sup>22</sup>, la brecha salarial se situó en un 22,34 %<sup>23</sup>. Esta diferencia retributiva encuentra su origen en múltiples causas. Y una de ellas es, sin duda, la realización por parte de las mujeres de menos horas de trabajo que los hombres (por reducciones de jornada por cuidado de hijos o familiares, por la prestación de servicios a tiempo parcial, por una menor disponibilidad para realizar horas extraordinarias o complementarias ante su incompatibilidad con las tareas de cuidado, etc.). Pero es obvio que este no es el único motivo, pues la brecha se mantiene en un 14,68 % cuando medimos la diferencia salarial sobre la ganancia por hora de trabajo, corrigiendo con ello la incidencia de una jornada de trabajo inferior.

Otra de las razones que pueden explicar, en parte, la brecha salarial es que las mujeres cobran menos en concepto de complementos salariales. Según la encuesta cuatrienal de estructura salarial<sup>24</sup>, la brecha salarial entre mujeres y hombres se concreta en un 18 % si computamos exclusivamente el salario base. Pero si nos centramos exclusivamente en los complementos salariales, esta diferencia se incrementa hasta el 30,56 %, alcanzando incluso el 79 % con respecto a los pagos por la realización de horas extraordinarias. La propia Encuesta Nacional de Condiciones de Trabajo advierte que es más frecuente que los hombres trabajen por la noche, en sábados o que desarrollen jornadas laborales más largas que las mujeres<sup>25</sup>. Y, siguiendo esta misma encuesta, los hombres estarían más expuestos a riesgos físicos y ergonómicos que las mujeres<sup>26</sup>. Unos datos podrían explicar la percepción de complementos vinculados a las concretas condiciones del puesto de trabajo (nocturnidad, peligrosidad, penosidad, etc.). Además, no cabe duda de que el tiempo pasado fuera del mercado laboral conlleva una depreciación del capital

<sup>17</sup> Anuario de estadísticas laborales. Excedencias por cuidado familiar, según sexo del perceptor, por comunidad autónoma y provincia. Año 2017

<sup>18</sup> INE. Encuesta de Población Activa. Módulo especial sobre la conciliación de la vida familiar y laboral. Datos a 2010 (últimos publicados).

<sup>19</sup> Concretamente, 7:54 horas (frente a las mujeres que dedican 6:35 horas)

<sup>20</sup> 2:28 horas, frente a las 4:25 horas que dedican las mujeres.

<sup>21</sup> CONDE RUIZ, J. Ignacio y MARRA DE ARTIÑANO, Ignacio. Brechas salariales de género en España. *Laboratorio de Alternativas*, 2016, núm. 9, p. 17.

<sup>22</sup> Datos correspondientes al año 2016 (último publicado).

<sup>23</sup> Fruto de restar, al promedio de la remuneración de los hombres, el promedio de la remuneración de las mujeres y dividir el resultado entre el promedio de la remuneración de los hombres

<sup>24</sup> Datos correspondientes al año 2014 (últimos publicados).

<sup>25</sup> Instituto de Seguridad e Higiene en el Trabajo. Encuesta Nacional de Condiciones de Trabajo. Año 2015, p. 73.

<sup>26</sup> Ídem, p. 34.

humano que suele ser penalizado en forma de menores salarios. En la medida en que la permanencia de las mujeres en el mercado de trabajo es discontinua, acumulan menos experiencia laboral que los hombres, lo que puede incidir negativamente en complementos salariales vinculados a la permanencia en la empresa o a la productividad.

Ahondando en las causas de la brecha salarial, otro de los posibles motivos es la existencia de una segregación ocupacional horizontal y vertical por razón de sexo. En efecto, de un lado, se constata una concentración de mujeres en determinadas ramas de actividad. Concretamente, cerca del 60 % de las mujeres ocupadas prestan servicios en tan solo seis sectores: en el sector del comercio al por menor (13,3 %), en la hostelería (9,6 %), en actividades administrativas (5,8 %), en educación (10,4), en actividades sanitarias y servicios sociales (14,4 %) y en actividades de los hogares (6,6 %)27. De otro lado, el 52,8 % de las mujeres se concentran en tan solo diez ocupaciones de las casi setenta ocupaciones que recoge la Encuesta de Población Activa: dependientes en tiendas y almacenes (6,9 %), profesionales de la enseñanza infantil, primaria, secundaria y postsecundaria (6,6 %), personal de limpieza (6,4 %), profesionales de la salud (5,5 %), empleados administrativos con tareas de atención al público (5,5 %), empleados domésticos (5,3 %), trabajadores en servicios de restauración (4,9 %), trabajadores de los cuidados de las personas en servicios de salud (4,2 %), empleados administrativos sin tareas de atención al público (4 %) y otros trabajadores de los cuidados a las personas (3,5 %)28. Pues bien, estas ocupaciones se caracterizan, en general, por ser puestos que requieren bajo nivel de cualificación y que suelen estar peor remuneradas, por la peor valoración social y, en consecuencia, económica de los trabajos tradicionalmente feminizados. Un dato que no se corresponde con el nivel de estudios alcanzado por las mujeres y que justifica el que se haya alertado de este problema de sobrecualificación29.

A lo anterior se añade que las mujeres ocupan en menor medida puestos directivos y de responsabilidad y se enfrentan a un suelo pegajoso o techo de cristal que dificulta su promoción en el trabajo (por la existencia de estereotipos, creencias que asocian las dotes de mando a los hombres, falta de reconocimiento a la autoridad de las mujeres, criterios de ascenso sexistas, redes formales e informales que facilitan la promoción de los hombres, etc.).

De todo lo anteriormente expuesto se desprende que la desigualdad salarial no se justifica únicamente por las diferencias en las características profesionales de los hombres y de las mujeres, pues hay una parte de la desigualdad que no tiene otra causa que los prejuicios y la discriminación contra la mujer.

Para concluir, debemos tener en cuenta que esta relación se retroalimenta: la misma existencia de brecha salarial alienta a las mujeres a participar en menor medida en el mercado de trabajo. *“El coste de oportunidad de salir o permanecer fuera del mercado de trabajo es menor para las mujeres de manera que – desde luego en el contexto de una desigual atribución de valor a los trabajos más feminizados y de un desigual reparto y asunción de tareas de cuidados por género y en el marco de un sistema de valores y actitudes que impulsa la asunción de estos roles por el género femenino- resulta más eficiente para las unidades decisorias, en general, las familias que, en caso de necesidad o dificultad para conciliar tiempos, sean las mujeres quienes salgan del mercado”*30.

## II. GÉNERO Y CARRERAS DE SEGURO

La situación de la mujer en el mercado de trabajo, que fue analizada en el epígrafe anterior, tiene un claro impacto en su carrera de seguro a efectos de causar, en el futuro, una prestación de

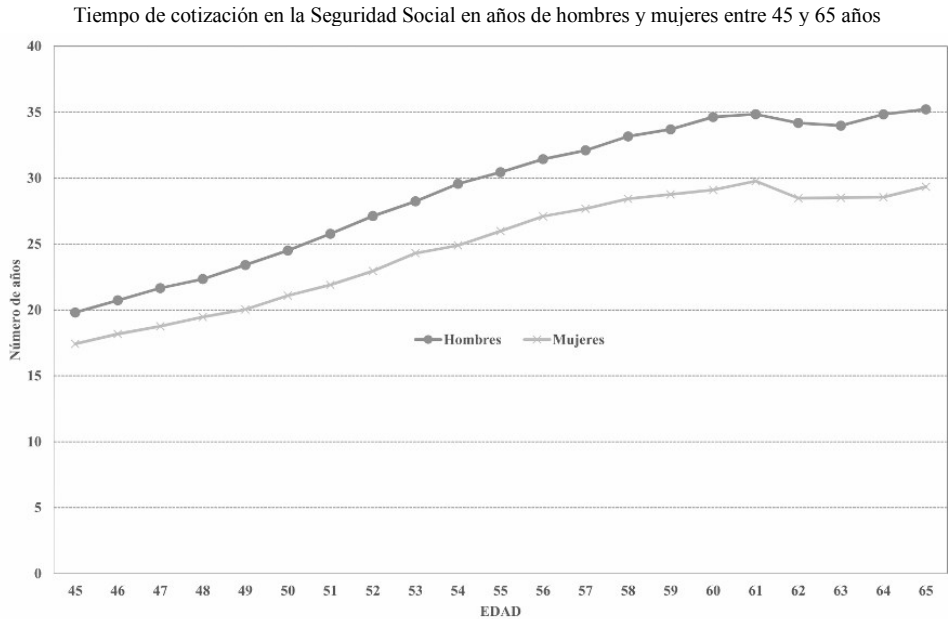
<sup>27</sup> INE. Encuesta de población activa. Ocupados por sexo y rama de actividad. Valores absolutos y porcentajes respecto del total de cada sexo. Datos 1T 2018.

<sup>28</sup> INE. Encuesta de población activa. Ocupados por sexo y ocupación. Valores absolutos y porcentajes respecto del total de cada sexo. Datos 1T 2018.

<sup>29</sup> Consejo Económico y Social. *La participación Laboral de las mujeres en España*. Colección informes. Número 5/2016, p. 58.

<sup>30</sup> Consejo Económico y Social. *La participación Laboral de las mujeres en España*. Colección informes. Número 5/2016, p. 154.

la Seguridad Social. En efecto, los datos evidencian que el tiempo cotizado al sistema es, por término medio, más alto en el caso de los hombres que en el de las mujeres y esta diferencia, además, se va incrementando con la edad. Mientras que los hombres entre 45 y 65 años han estado cotizando por término medio un 90,4 % del tiempo total transcurrido desde su entrada en el sistema de la Seguridad Social, en el caso de las mujeres esta proporción sólo llega al 82,6 %<sup>31</sup>. A mayor abundamiento, durante los períodos de no empleo, los hombres tienen más episodios en los que están cobrando la prestación por desempleo que las mujeres y ya sabemos que, durante el paro, la entidad gestora asume las cotizaciones del beneficiario.



**Fuente:** CEBRIÁN LÓPEZ, Inmaculada y MORENO RAYMUNDO, Gloria. “Tiempo cotizado, ingresos salariales y sus consecuencias para las pensiones: diferencias por género al final de la vida laboral”, con base en la MCVL 2005-2012.

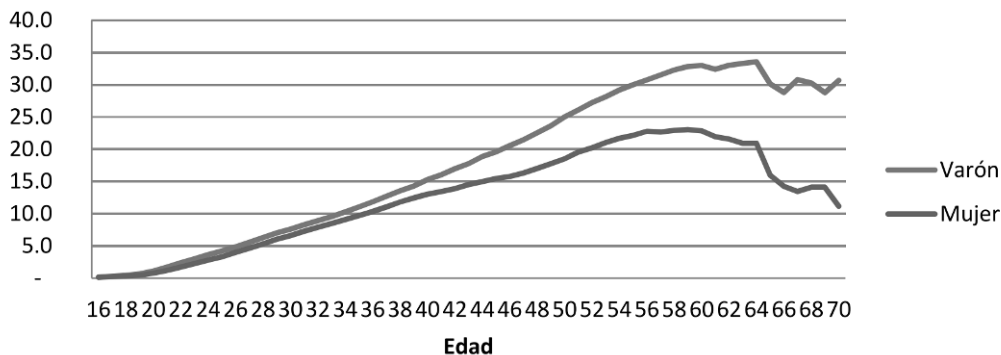
En palabras de la doctrina más solvente, la diferencia de género hace que la experiencia laboral y la carrera de cotización se vayan acumulando de manera desigual, aunque la distancia tiende a acortarse en sucesivas generaciones. Entre los activos, las mujeres nacidas de 1977 a 1981, al llegar a la primera mitad de la treintena habían acumulado de promedio 7,9 años cotizados, uno menos que los varones de la misma edad. Las que nacieron en 1950 tenían de promedio 22,8 años cotizados al cumplir 60, diez menos que sus compañeros<sup>32</sup>.

<sup>31</sup> CEBRIÁN LÓPEZ, Inmaculada y MORENO RAYMUNDO, Gloria. “Tiempo cotizado, ingresos salariales y sus consecuencias para las pensiones: diferencias por género al final de la vida laboral”. *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 2015, vol. 33, núm 2, p. 320.

<sup>32</sup> DURÁN HERAS, Almudena y GARCÍA SEGOVIA, Fernando. “El ciclo de vida laboral, a través de datos de la Seguridad Social”. Comunicación presentada a la X Jornada de Economía Laboral. Universidad Autónoma de Madrid, 2013, p. 11.

Años ya cotizados a la Seguridad Social en 2011

## Años ya cotizados a la Seguridad Social en 2011

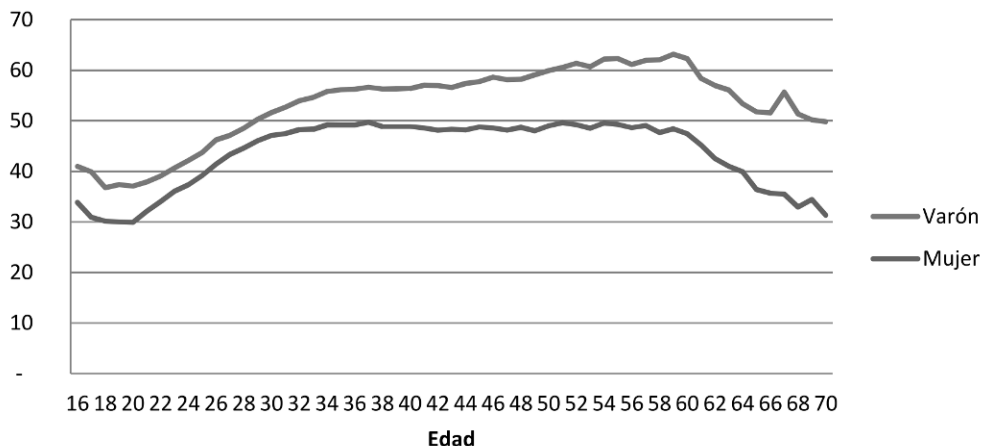


**Fuente:** DURÁN HERAS, Almudena y GARCÍA SEGOVIA, Fernando. *“El ciclo de vida laboral, a través de datos de la Seguridad Social”*, con base en la MCVL 2011

De otro lado, además de presentar carreras de cotización más cortas, se constata que las mujeres han cotizado al sistema por bases de menor cuantía. Tal y como se desprende del gráfico que se refleja a continuación, las bases medias de los hombres están por encima de las bases medias de las mujeres en todos los tramos de edad.

Base media diaria de cotización a la Seguridad Social en 2011

## Base media diaria de cotización a la Seguridad Social en 2011



**Fuente:** DURÁN HERAS, Almudena y GARCÍA SEGOVIA, Fernando. *“El ciclo de vida laboral, a través de datos de la Seguridad Social”*, con base en la MCVL 2011

Sabemos que nuestro sistema de Seguridad Social es eminentemente contributivo (pues el brazo no contributivo o universal tiene, por desgracia, un alcance muy residual). Y en el brazo profesional, el derecho a una prestación obedece a un título de previsión: no basta con que

sobrevenga una situación de necesidad, sino que ésta tiene que haber sido prevista con antelación y ha debido articularse un engranaje dirigido precisamente a su cobertura. De esta forma, el derecho a una prestación contributiva se condiciona a que el causante se encuentre en alta o en situación asimilada al alta en el momento de sobrevenir la contingencia y a que el sujeto acredite una determinada carrera de seguro. Además, en el nivel contributivo de protección, la cuantía de las prestaciones se calcula en función de la previa aportación al sistema. De un lado, la base reguladora se calcula sobre la previa cotización del causante, con el objeto de que la cuantía de las prestaciones sea proporcional a las rentas de activo. De otro, el porcentaje aplicable sobre esta base reguladora viene determinado por el legislador en función de diversas variables; entre ellas, el esfuerzo de cotización previamente realizado (un criterio aplicable a la pensión de jubilación e, indirectamente, incapacidad permanente).

Estamos, por tanto, ante sistema que perpetúa las desigualdades de partida: El abandono del mercado de trabajo por la asunción de responsabilidades familiares, las interrupciones en la carrera profesional, la realización de trabajos a tiempo parcial, etc., tienen una clara incidencia en la protección social, pues dificultan el acceso a las prestaciones de carácter contributivo. Además, la percepción de salarios más bajos (por reducciones de jornada, por prestación de servicios a tiempo parcial, por la brecha salarial, etc) incide en la base de cotización y, por ende, en la base reguladora de las prestaciones, provocando que la intensidad de la cobertura sea más baja. Además, debemos de tener en cuenta que una carrera de cotización inferior igualmente incide en la cuantía de la pensión de jubilación, pues no sólo determina un menor porcentaje aplicable sobre la base reguladora, sino que además puede minorar el importe de la misma base, por la existencia de lagunas de cotización.

Y la anterior conclusión resulta especialmente preocupante si tenemos en cuenta que las últimas reformas legislativas han seguido una tendencia claramente regresiva, pues: a) han endurecido los requisitos de acceso a las prestaciones (aumentando el número mínimo de años cotizados a efectos de causar la pensión de jubilación mediante la eliminación de los días cuota<sup>33</sup>); b) han retrasado la edad de acceso a la jubilación ordinaria en función de la carrera de seguro<sup>34</sup>; c) han reducido la intensidad de la protección (ampliando el período computable en la base reguladora<sup>35</sup>, minorando el porcentaje aplicable sobre la misma<sup>36</sup>, modificando las reglas de integración de lagunas<sup>37</sup>, corrigiendo la cuantía de la pensión mediante la introducción de un factor de sostenibilidad<sup>38</sup> y desvinculando la revalorización de las pensiones del incremento del IPC<sup>39</sup>); y d) han disuadido del acceso a la jubilación anticipada (ampliando el período mínimo de carencia, incrementando el coeficiente penalizador y exigiendo que la pensión devengada alcance el importe de la pensión mínima)<sup>40</sup>. Precisamente por ello, la doctrina más solvente advierte que este endurecimiento de las exigencias de cotización va a aumentar la brecha existente entre las pensiones percibidas por los hombres y por las mujeres<sup>41</sup>.

<sup>33</sup> Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social (BOE 5-12-2007, núm. 291).

<sup>34</sup> Ley 27/2011, Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social (BOE 2-8-2011, núm. 184).

<sup>35</sup> Con la Ley 27/2011, se amplía de 15 a 25 años el período computable a efectos del cálculo de la base reguladora.

<sup>36</sup> Ley 27/2011

<sup>37</sup> Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (BOE 7-7-2012, núm. 162).

<sup>38</sup> Ley 23/2013, de 23 de diciembre, reguladora del Factor de Sostenibilidad y del índice de Revalorización del sistema de pensiones de la Seguridad Social (BOE 26-12-2013, n° 309).

<sup>39</sup> Ley 23/2013, de 23 de diciembre.

<sup>40</sup> RD-Ley 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo (BOE 16-3-2013, n° 65).

<sup>41</sup> CEBRIÁN LÓPEZ, Inmaculada y MORENO RAYMUNDO, Gloria. "Tiempo cotizado, ingresos salariales y sus consecuencias para las pensiones: diferencias por género al final de la vida laboral". *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 2015, vol. 33, núm 2, p. 312.

### III. LA DESIGUALDAD DE GÉNERO EN EL SISTEMA PÚBLICO DE PENSIONES

La diferente trayectoria laboral de las mujeres provoca, en el ámbito de la protección social dos consecuencias claras: a) una mayor dificultad para acceder a las prestaciones de carácter contributivo; y b) una menor cuantía de las pensiones. En palabras de la Comisión Europea, la propia participación de las mujeres en el mercado de trabajo está relacionada con la persistencia de la brecha salarial de género y una creciente brecha en materia de pensiones, lo que, en muchos casos, conduce a la exclusión social y a un mayor riesgo de pobreza<sup>42</sup>.

#### 1. MAYOR DIFICULTAD PARA ACCEDER A LAS PRESTACIONES DE CARÁCTER CONTRIBUTIVO

Las estadísticas evidencian que las mujeres presentan más dificultades que los hombres para acceder a una prestación de carácter contributivo. Así, en el año 2017, las mujeres representaban únicamente el 35,71 % de los beneficiarios de las pensiones de incapacidad permanente y el 37,69 % de los beneficiarios de las pensiones de jubilación. Podríamos pensar que esta última diferencia obedece a que hay más hombres que mujeres, a partir de los 65 años de edad. Sin embargo, los datos de INE manifiestan cabalmente lo contrario: el colectivo formado por residentes con 65 o más años de edad alcanzaba, en enero de 2018, casi los nueve millones de individuos. Pues bien, en este concreto grupo de edad, las mujeres son mayoría, pues representan el 56,73 % del total<sup>43</sup>. Por el contrario, el 92,31 % de las pensiones de viudedad son percibidas por mujeres; una prestación en la que, como sabemos, el beneficiario y el causante difieren. Si las mujeres cobran esta pensión de forma mayoritaria no es porque la hayan devengado, sino porque lo han hecho sus parejas (mayoritariamente hombres).

De otro lado, esta expulsión del nivel contributivo igualmente se refleja en los datos correspondientes al nivel no contributivo o asistencial; un nivel en el que el acceso a la cobertura no se condiciona a que el beneficiario haya contribuido a la financiación del sistema, sino a que acredite una carencia objetiva de rentas. El elemento, por tanto, decisivo para determinar la protección del sujeto no es el ejercicio de una actividad profesional, sino la situación real –que no presunta- de necesidad. Pues bien, en este concreto brazo de protección, el beneficiario tipo “*se corresponde con el de una mujer española casada que vive integrada en una unidad económica formada por dos y tres personas*”<sup>44</sup>. De hecho, las mujeres representan el 76,85 % de los beneficiarios de la pensión no contributiva de jubilación.

PENSIONES NO CONTRIBUTIVAS						
Año	Prestación	Total	Hombres		Mujeres	
			En número	En porcentaje	En número	En porcentaje
2017	Jubilación	200.035	46.316	23,15 %	153.719	76,85 %
	Incapacidad permanente	196.410	94.475	48,10 %	101.935	51,90 %

**Fuente:** Estadísticas IMSERSO. Pensiones no contributivas. Perfil del pensionista por tipo de pensión y sexo. Año 2017

#### 2. MENOR CUANTÍA DE LAS PENSIONES

Además de tener más problemas para el acceso a la protección, las mujeres presentan una mayor probabilidad de generar pensiones contributivas de menor cuantía. Los datos, a este respecto, son igualmente significativos. Si analizamos las pensiones de jubilación, incapacidad permanente y viudedad que se encuentran en la actualidad complementadas a mínimos

<sup>42</sup> Comisión Europea: «Una iniciativa para promover la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y cuidadores». Bruselas, 26-4-2017.

<sup>43</sup> INE. Demografía y población. Población residente por fecha, sexo y edad. Datos a enero de 2018.

<sup>44</sup> IMSERSO. Perfil del pensionista no contributivo de la Seguridad Social y del beneficiario de prestaciones sociales y económicas para personas con discapacidad. Diciembre 2016.

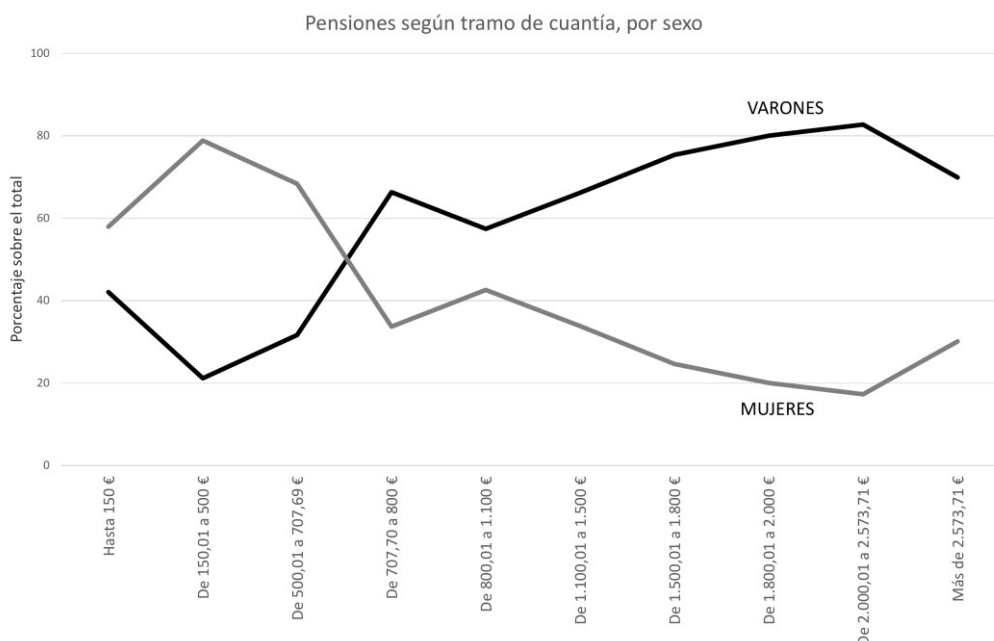


## Protección a la Familia y Seguridad Social. Hacia un nuevo modelo de protección sociolaboral

constatamos que, del total de éstas, un 66,26 % son percibidas por mujeres<sup>45</sup>. De otro lado, si ponemos en relación las pensiones complementadas a mínimos con el total de pensiones abonadas a cada uno de los sexos, se evidencia que, del total de pensiones de incapacidad permanente, jubilación y viudedad percibidas por hombres, solo un 16,64 % está complementado a mínimos, mientras que, del total de pensiones percibidas por mujeres, un 30,64 % necesita de este complemento para alcanzar el importe de la pensión mínima<sup>46</sup>.

En contrapartida, si analizamos las pensiones que se encuentran topadas (por cuanto su cuantía inicial supera el importe de la pensión máxima legalmente establecida), llegamos a las siguientes conclusiones: Del total de pensiones percibidas por hombres, un 5,42 % se abona en el importe de la pensión máxima o por encima de la máxima, mientras que, del total de pensiones percibidas por mujeres, sólo el 0,97 % está topado en la cuantía máxima o por encima de este importe<sup>47</sup>.

El siguiente gráfico (que muestra el porcentaje de pensiones de jubilación, incapacidad permanente y viudedad, sobre el total percibido por cada uno de los sexos, en función de los tramos de cuantía) resulta especialmente elocuente con esa particular forma de tenaza:



**Fuente:** Elaboración propia con base en las estadísticas del Ministerio de Empleo. Anuario de estadísticas laborales. Pensiones contributivas del sistema de la Seguridad Social. Pensiones según tramos de cuantía. Datos actualizados al 2017.

De otro lado, si analizamos la cuantía media de las pensiones contributivas, los hombres perciben una pensión de 1.155,23 € mensuales, frente a los 732,25 € que cobran al mes las mujeres, concretándose la brecha prestacional en un 36,61 %. Y en los dos únicos supuestos en los que el importe medio de la pensión percibida por las mujeres es superior al importe medio de la pensión percibida por los hombres (viudedad y en favor de familiares), se trata de prestaciones derivadas en

<sup>45</sup> Datos obtenidos de las estadísticas del Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Pensiones contributivas en vigor. “Pensiones con mínimos por clases y sexo”. Datos actualizados a Junio 2018.

<sup>46</sup> Datos obtenidos de las estadísticas del Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Pensiones contributivas en vigor. “Pensiones con mínimos por clases y sexo” y “Número y cuantía por sexo, régimen y clases”. Datos actualizados a Junio 2018

<sup>47</sup> Datos obtenidos de las estadísticas del Ministerio de Empleo y Seguridad Social. Pensiones contributivas en vigor. “Número de pensiones en vigor por tramos de cuantía, sexo y clases. Total sistema”. Datos actualizados a Junio 2018.

## II Congreso Internacional y XV Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social

las que el causante no es el beneficiario supérstite sino el familiar fallecido, por lo su cuantía se calcula sobre las aportaciones al sistema que realizó éste.

Prestación	Cuantía media		Brecha
	Hombres	Mujeres	
Incapacidad Permanente	999,01 €	838,62 €	16,05%
Jubilación	1.254,00 €	805,00 €	35,81%
Viudedad	488,93 €	668,77 €	-36,78%
Orfandad	692,52 €	658,76 €	4,87%
En favor de familiarse	513,34 €	556,82 €	-8,47%
<b>TOTAL</b>	<b>1.155,23</b>	<b>732,25</b>	<b>36,61%</b>

**Fuente:** Elaboración propia con base en las estadísticas del Ministerio de Empleo. Pensiones contributivas en vigor. "Número y cuantía por sexo, régimen y clase". Total regímenes. Datos actualizados a junio de 2018

A mayor abundamiento, esta brecha prestacional se aprecia en todos los tramos de edad, aunque es cierto que el porcentaje se incrementa de forma directamente proporcional, tal y como se desprende de la siguiente tabla:

Edad	Pensión media incapacidad permanente			Pensión media jubilación			Pensión media viudedad		
	Hombres	Mujeres	Brecha	Hombres	Mujeres	Brecha	Hombres	Mujeres	Brecha
0 - 4									
5 - 9									
10 - 14									
15 - 19	460,97							855,89	
20 - 24	653,33	625,50	4,26%				827,46	595,70	28,01%
25 - 29	708,61	630,78	10,98%				657,32	710,89	-8,15%
30 - 34	788,75	712,26	9,70%				627,33	717,04	-14,30%
35 - 39	843,74	772,55	8,44%				646,62	750,63	-16,09%
40 - 44	871,14	798,73	8,31%				665,42	749,35	-12,61%
45 - 49	880,80	784,80	10,90%	2.117,24	1.875,00	11,44%	639,60	717,39	-12,16%
50 - 54	906,70	787,51	13,14%	2.323,44	2.040,56	12,18%	618,32	705,27	-14,06%
55 - 59	1.051,04	873,54	16,89%	2.182,03	1.809,96	17,05%	607,68	710,75	-16,96%
60 - 64	1.128,31	914,18	18,98%	1.575,30	1.423,08	9,66%	609,92	738,62	-21,10%
65 - 69	1.120,25	878,75	21,56%	1.386,43	1.005,72	27,46%	551,31	721,37	-30,85%
70 - 74	466,93	410,76		1.311,44	806,13	38,53%	484,82	698,99	-44,18%
75 - 79	380,22	390,95		1.171,61	677,44	42,18%	442,97	674,26	-52,22%
80 - 84	386,61	387,14		1.051,82	612,65	41,75%	408,25	653,96	-60,18%
85 y más	393,10	385,21		969,77	578,24	40,37%	382,46	613,47	-60,40%
No consta	978,74	404,77		1.565,13	710,05	54,63%	0,00	625,20	
<b>Total</b>	<b>998,40</b>	<b>835,16</b>	<b>19,55%</b>	<b>1.247,46</b>	<b>797,50</b>	<b>36,07%</b>	<b>488,54</b>	<b>665,81</b>	<b>-36,29%</b>

Fuente: Estadísticas del Ministerio de Empleo. "Pensiones en vigor por clase, sexo y grupos de edad. Total sistema" Datos actualizado a febrero de 2018

## IV. LOS CORRECTIVOS PREVISTOS POR EL ORDENAMIENTO JURÍDICO

### 1. MEDIDAS CORRECTIVAS CON RESPECTO AL ACCESO A LA PROTECCIÓN DEL SISTEMA

#### A) Modulación del período de carencia a los trabajadores a tiempo parcial

Acatando la resolución del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, en su sentencia 22-11-2012, asunto Elbal Moreno, el artículo 5 RD-Ley 11/2013 confirió una nueva redacción a la DA 7.ª LGSS 1994 (actual art. 247 LGSS 2015) con el propósito de facilitar a los trabajadores a tiempo parcial el acceso a las prestaciones. Con base en la regulación anterior, el cómputo del período de cotización acreditado por los trabajadores a tiempo parcial se realizaba en función de las horas trabajadas y su conversión en días teóricos de cotización; si bien, éstos se corregían con la aplicación de un coeficiente multiplicador de un 1,5 a efectos de causar las prestaciones de incapacidad permanente y jubilación. El período de carencia exigido, sin embargo, era el mismo que el requerido a los trabajadores a tiempo completo, aunque el marco temporal dentro del cual

debía estar comprendido se ampliaba en la misma proporción en que se redujese la jornada efectivamente realizada. Con la reforma, el cómputo del período de cotización se efectúa igualmente en proporción a la jornada desempeñada. Sin embargo, el requisito de carencia exigido con carácter general se reduce de forma proporcional, pues se adapta en función de cuál haya sido el concreto «coeficiente global de parcialidad».

## B) Mantenimiento de la obligación de cotizar

Las ausencias de cotización a lo largo de la carrera de seguro del causante pueden repercutir negativamente en el acceso a la prestación y en la intensidad de la acción protectora. Al objeto de evitar estas consecuencias perjudiciales se mantiene, en algunos casos y como excepción a la regla general, la obligación de cotizar aun cuando no se realice trabajo remunerado. No estamos, en puridad, ante un mecanismo de corrección del principio de contributividad, pues existe efectivamente una cotización que es tomada en cuenta con posterioridad para delimitar el derecho a la prestación y su concreta cuantía; constituye, más bien, un criterio facilitador del cumplimiento del requisito de carencia que corrige el principio de profesionalidad, en la medida en que desvincula la aportación al sistema de la efectiva prestación de servicios.

Así, se impone al empresario la obligación de cotizar durante las situaciones de incapacidad temporal, maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y durante la lactancia natural (art. 144.4 LGSS), con la particularidad de que tales cuotas, aunque no se corresponden con un período de trabajo efectivo, serán computables a efectos de los distintos períodos de cotización exigidos para el derecho a las prestaciones (art. 165.3 LGSS). El peso de la protección se traslada, de esta forma, a la empresa, que tiene que asumir el coste de la cuota patronal aun cuando no existe una correlativa contraprestación de servicios. No obstante, si la empresa hubiera cubierto la vacante a través de un contrato de interinidad tendría derecho a una bonificación, tanto por el trabajador sustituto como por el sustituido, cuyo importe asciende al 100 % de la base de cotización por contingencias comunes, por contingencias profesionales y por conceptos de recaudación conjunta (art. 1 RD-Ley 11/1998<sup>48</sup>, en relación con la DA 2ª Ley 12/2001<sup>49</sup>).

## C) La asimilación a tiempo cotizado

De conformidad con el art. 165.2 LGSS, *“en las prestaciones cuyo reconocimiento o cuantía esté subordinado, además, al cumplimiento de determinados períodos de cotización, solamente serán computables a tales efectos las cotizaciones efectivamente realizadas o las expresamente asimiladas a ellas en esta ley o en sus disposiciones reglamentarias”*. Lo expuesto nos obliga a realizar una distinción entre dos tipos de cuotas: las cuotas reales o cuotas efectivamente realizadas, y cuotas ficticias o cuotas expresamente asimiladas a aquéllas. Las primeras (las reales) son las devengadas con motivo de la concurrencia de los presupuestos de los que se deriva la inclusión del sujeto en el sistema y el nacimiento de la obligación de cotizar, con independencia de que se hayan ingresado. Las segundas (las ficticias) se corresponden con períodos en los que no ha existido obligación de cotizar y que, sin embargo, reciben una suerte de asimilación a tiempo cotizado cuyo concreto alcance subjetivo (a quién beneficia la asimilación), objetivo (con respecto a qué prestación) y funcional (en relación a qué efectos) se determina por el legislador de forma particular.

A los efectos que aquí nos interesan las asimilaciones a tiempo cotizado son dos: a) la excedencia por cuidado de hijos y otros familiares; y b) los períodos de cotización asimilados por parto

<sup>48</sup> Real Decreto-ley 11/1998, de 4 de septiembre, por el que se regulan las bonificaciones de cuotas a la Seguridad Social de los contratos de interinidad que se celebren con personas desempleadas para sustituir a trabajadores durante los períodos de descanso por maternidad, adopción y acogimiento (BOE 5-9-1998, núm. 213).

<sup>49</sup> Ley 12/2001, de 9 de julio, de medidas urgentes de reforma del mercado de trabajo para el incremento del empleo y la mejora de su calidad (BOE 10-7-2001, núm. 164).

*a) La excedencia por cuidado de hijos y de otros familiares*

Sabemos que, con base en el art. 46.3 ET, los trabajadores tienen derecho a un período de excedencia no superior a tres años para atender al cuidado de cada hijo. Igualmente, el legislador reconoce el derecho a una excedencia, de duración no superior a dos años, para atender a un familiar hasta el segundo grado por consanguinidad o afinidad que por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad no pueda valerse por sí mismo y no desempeñe actividad retribuida (art. 46.2 ET).

Pues bien, durante el período de excedencia por cuidado de hijos o de otros familiares, el contrato de trabajo se encuentra en suspenso y, en consecuencia, cesan las obligaciones básicas de la relación laboral: la obligación de trabajar y la obligación de retribuir el trabajo (art. 45.2 ET). Y partiendo de la regla general conforme a la cual la obligación de cotizar se vincula a la efectiva prestación de un servicio remunerado y de que el legislador no ha impuesto al empresario la obligación de seguir cotizando durante tal período, el ejercicio de este derecho por parte del trabajador repercutiría negativamente en sus prestaciones futuras. Con el propósito de paliar este perjudicial resultado, el legislador considera como efectivamente cotizado un determinado período de la excedencia por motivos familiares.

Concretamente, de acuerdo con el art. 237.1 LGSS, los tres años de excedencia por cuidado de hijos tienen la consideración de cotización efectiva a efectos de las prestaciones de la Seguridad Social por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad. Y, con base en el apartado segundo del precepto citado, se considera efectivamente cotizado a los efectos de estas mismas prestaciones, el primer año de excedencia por cuidado de familiares.

*b) Los períodos de cotización asimilados por parto*

En aplicación de lo previsto en el art. 235 LGSS, a efectos de las pensiones contributivas de jubilación y de incapacidad permanente causadas en cualquier Régimen de la Seguridad Social, se computarán a favor de la trabajadora solicitante de la pensión, un total de 112 días completos de cotización por cada parto, al que se le sumarán, en caso de un parto múltiple, 14 días más por cada hijo a partir del segundo (éste incluido); salvo si, por ser trabajadora o funcionaria en el momento del parto, se hubiera cotizado durante la totalidad de dicho período. A través de esta ficción jurídica, el legislador asimila a tiempo cotizado el período durante el cual la solicitante de la pensión hubiera visto suspendida su actividad profesional por causa de la maternidad<sup>50</sup> y se hubieran ingresado las cuotas al sistema de encontrarse en activo en tal momento. Adviértase que se trata de un mecanismo de corrección que únicamente se aplica a la mujer («a la trabajadora solicitante de la pensión», reza el precepto) en supuestos de maternidad biológica (no así en caso de maternidad adoptiva o acogimiento) y para el caso de que no fuera trabajadora o funcionaria en el momento del parto, pues esta cotización ficticia no resultaría aplicable si hubiese existido una cotización real.

Y, además, hemos de aclarar que se trata de un beneficio concedido «a efectos» (en plural) de las pensiones, de lo que se deduce que alcanza tanto al cómputo del período mínimo de cotización exigido para la prestación de Seguridad Social de que se trate, como al cálculo del porcentaje de la pensión. Ahora bien, el ámbito objetivo de esta ficción jurídica se circunscribe exclusivamente a las pensiones de jubilación e incapacidad permanente, quedando fuera los subsidios y las prestaciones por muerte y supervivencia.

---

<sup>50</sup> De hecho, el período asimilado a tiempo cotizado coincide, cabalmente, con la duración de la suspensión del contrato por maternidad prevista en el artículo 48.4 ET.

## 2. MEDIDAS CORRECTIVAS CON RESPECTO A LA INTENSIDAD DE LA PROTECCIÓN

### A) A efectos de determinar el porcentaje aplicable: Beneficios por cuidado de hijos

Sabemos que, con respecto a la pensión de jubilación e, indirectamente, con respecto a la pensión de incapacidad permanente, la carrera de seguro del beneficiario tiene incidencia en el porcentaje aplicable sobre la base reguladora, de forma que los períodos de ausencia de cotización se traducen en una menor protección por parte del sistema. Pues bien, para evitar ese nocivo resultado, el legislador confiere a determinadas lagunas de cotización una suerte de asimilación a tiempo cotizado a efectos de concretar el porcentaje aplicable sobre la base reguladora. Al margen de las excedencias por cuidado de hijos y de familiares y de los períodos de cotización asimilados por parto (asimilaciones a los que el legislador ha conferido plenos efectos), debemos de tener en cuenta la asimilación por cuidado de hijos.

Fruto de la reforma operada por el art. 9 Ley 27/2011, el art. 236 LGSS<sup>51</sup> reconoce, como período de cotización a todos los efectos (salvo para el cumplimiento del período mínimo de cotización exigido) y en todos los regímenes, el período de interrupción de la actividad laboral motivada por el nacimiento de un hijo o por la adopción o el acogimiento de un menor de 6 años. Concretamente, se contabilizará como tiempo cotizado un período de 270 días por cada hijo o menor acogido, siempre y cuando éste no supere el tiempo de interrupción real de la cotización (pues, en tal caso, sólo se reconocerá un número de días equivalente a los días sin cotización) y con un máximo de cinco años por beneficiario. No obstante lo anterior, de acuerdo con lo previsto en el artículo 6 RD 1716/2012 esta cotización ficticia se ha aplicado de forma gradual a partir del 1 de enero de 2013, partiendo de 112 días que se han ido incrementando paulatinamente para llegar a los 270 en el año 2019.

Esta asimilación se hace extensiva a cualquiera de los progenitores, adoptantes o acogedores; pero si ambos cumplen los requisitos necesarios para ser acreedores de este beneficio, solamente podrá ser atribuido a uno de ellos. La determinación del beneficiario se decidirá de común acuerdo y, en defecto del mismo, se reconocerá el derecho a la madre<sup>52</sup>.

Para tener derecho a este beneficio es necesario que concurren determinados requisitos: a) que se produzca una interrupción en la cotización, como consecuencia de la extinción del contrato de trabajo o de la finalización del cobro de la prestación por desempleo; y b) que esta ausencia de cotización se encuentre comprendida dentro de un determinado período de tiempo; concretamente, entre los nueve meses anteriores al nacimiento o los tres meses anteriores al acogimiento o a la adopción y la finalización del sexto año posterior a dicha situación. Adviértase que aunque el precepto parece reconocer este beneficio a quienes interrumpen su actividad para dedicarse al cuidado de un hijo o de un menor acogido, en la práctica no exige que la extinción del contrato de trabajo obedezca a tal motivo, bastando que la misma se produzca en un determinado período de tiempo cuyo cómputo toma como referente el momento del parto, del acogimiento o de la adopción. En definitiva, de lo anteriormente expuesto se desprende que lo importante es que el beneficiario haya sido trabajador y, además, que lo haya sido en un momento temporal concreto.

<sup>51</sup> Que reproduce el contenido de la antigua DA 60.ª LGSS 1994 y que ha sido desarrollado por los arts. 5 a 10 del RD 1716/2012.

<sup>52</sup> Una opción del legislador que parece encontrar su justificación en la recomendación 17.ª Pacto de Toledo 2011, de acuerdo a la cual: «el sistema debe valorar la dimensión de género en materia de pensiones, en tanto en cuanto se ha constatado la existencia de retribuciones diferenciadas, de mayores períodos de interrupción por cuidado de hijos o familiares en situación de dependencia, o de mayores limitaciones en la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, entre otras discriminaciones que gravan más intensamente a las mujeres que a los hombres».

## B) A efectos de determinar la base reguladora

a) *Criterios privilegiados de integración de lagunas*

Los artículos 197.4 y 209.1.b) LGSS recogen las reglas generales de integración de los vacíos de cotización. En su virtud, si en el período que haya de tomarse para el cálculo de la base reguladora aparecieran meses durante los cuales no hubiese existido obligación de cotizar, las primeras 48 mensualidades se integrarán con la base mínima y el resto de mensualidades con el 50 % de dicha base mínima. No obstante, se constatan, dispersos por el ordenamiento, determinados vacíos de cotización que reciben un tratamiento claramente privilegiado.

De un lado, el período de excedencia por cuidado de hijos y de familiares se configura por el legislador como un supuesto especialmente privilegiado, en la medida en que la ausencia de cotización se integra por las bases propias. En aplicación de lo previsto en el artículo 7 RD 1335/2005, el período de excedencia regulado en el artículo 46.3 ET, se integra con el promedio de las bases de cotización del beneficiario correspondientes a los seis meses inmediatamente anteriores al inicio de la suspensión del contrato. No obstante, si el beneficiario no tuviera acreditado este período de seis meses, se computará el promedio de las bases de cotización que resulten acreditadas en el período inmediatamente anterior.

De otro lado, de acuerdo con el artículo 9 RD 1716/2012, cuando el período computable como cotizado en concepto de beneficio por cuidado de hijos o menores acogidos esté comprendido dentro del período de cálculo para la determinación de la base reguladora de las prestaciones, *«la base de cotización a considerar estará constituida por el promedio de las bases de cotización del beneficiario correspondientes a los seis meses inmediatamente anteriores al inicio de la interrupción de la cotización o, en su caso, cuando existan intermitencias en la cotización, las correspondientes a los seis meses cotizados inmediatamente anteriores a cada período que se compute»*.

b) *Complementación de las bases de cotización*

Este mecanismo corrector persigue neutralizar el impacto de una cotización inferior, con motivo de una reducción de la jornada de trabajo acompañada de una correlativa reducción del salario. Para lograr este fin, el legislador incrementa la cuantía de las bases de cotización hasta el importe que hubieran tenido de no producirse la reducción de jornada, estableciendo así la ficción de que la jornada de trabajo se mantiene en los mismos términos que tenía con anterioridad.

Sabemos que, salvo la reducción de jornada por lactancia, el resto de supuestos de reducción previstos por el legislador en el art. 37 ET conlleva la correlativa minoración del salario. Y a este respecto, es importante aclarar que el art. 66 RD 2064/1995<sup>53</sup> hace extensivas las reglas especiales de cotización correspondientes a los contratos a tiempo parcial a aquellos trabajadores que, habiendo sido contratados a jornada completa, pasen a realizar una jornada reducida, en los supuestos previstos en el art. 37 ET, de manera que la cotización se realiza por horas y no por días trabajados.

No obstante, partiendo del bien jurídico protegido y teniendo en cuenta que esta menor cotización tiene una clara influencia en la intensidad de la acción protectora, el ordenamiento jurídico ha optado por complementar las bases de cotización. Así, a raíz de la modificación introducida por la DA 18.<sup>a</sup> Doce LO 3/2007, las cotizaciones realizadas durante los dos primeros años del período de reducción de jornada por cuidado de un menor se computarán incrementadas hasta el 100 % de la cuantía que hubiera correspondido si se hubiera mantenido la jornada sin dicha reducción. Este incremento, vendrá exclusivamente referido al primer año en el resto de supuestos contemplados en el artículo 37.5 ET que, como sabemos, también regula la reducción de jornada por cuidado de un familiar hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que

<sup>53</sup> Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General sobre Cotización y Liquidación de otros Derechos de la Seguridad Social (BOE 25-1-1996, núm. 22).

por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo, y que no desempeñe actividad retribuida.

Pues bien, el legislador no ha dispensado al beneficiario una protección plena. Desde un punto de vista objetivo, y de acuerdo con la literalidad del art. 237 LGSS, este incremento de las bases de cotización únicamente se producirá «a efectos de las prestaciones señaladas en el apartado 1», por lo que su alcance se limita a las prestaciones de jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad. Quedan, por tanto, fuera del alcance las prestaciones por incapacidad temporal, por riesgo durante el embarazo o durante la lactancia natural, por cuidado de menores afectados de cáncer u otra enfermedad grave, o por desempleo.

De otro lado, hemos de tener en cuenta que este concreto mecanismo de corrección deja fuera de protección otros supuestos de reducción de jornada, como los previstos en los apartados 4.º bis (nacimiento de hijos prematuros que deban permanecer hospitalizados a continuación del parto) y 6.º (violencia de género o terrorismo) del artículo 37 ET.

Y, finalmente, desde un punto de vista temporal, la cobertura se limita a un determinado período de tiempo: uno o dos años según cuál sea el motivo de la reducción (si el cuidado directo de un menor o de un familiar); si bien es cierto que, finalizado este período de especial protección, el interesado podrá suscribir un convenio especial con la Seguridad Social a fin de mantener las bases de cotización en las cuantías por las que viniera cotizando con anterioridad a la reducción de jornada (art. 21 Orden TAS/2865/2003).

Por lo que respecta a la prestación por desempleo, la intensidad de la protección no se ve alterada por el hecho de que el beneficiario hubiera reducido su jornada de trabajo con carácter previo. Como consecuencia de la modificación llevada a cabo por la DA 18.ª LO 3/2007, en los supuestos de reducción de jornada previstos en los apartados 4 bis, 5 y 7 artículo 37 ET, *«las bases de cotización se computarán incrementadas hasta el 100 % de la cuantía que hubiera correspondido si se hubiera mantenido, sin reducción, el trabajo a tiempo completo o parcial»*. Además, si la situación legal de desempleo se produce estando el trabajador en las situaciones de reducción de jornada citadas, las cuantías máximas y mínimas se determinarán teniendo en cuenta el IPREM en función de las horas trabajadas *«antes de la reducción de jornada»*.

### *c) A efectos de fijar la cuantía final: el complemento por maternidad*

Tras la reforma llevada a cabo por la Ley 48/2015<sup>54</sup>, el legislador reconoce el derecho a un complemento a la pensión a las mujeres que han tenido hijos (biológicos o adoptados); una mejora que tiene como objetivo reconocer la contribución demográfica al sistema de Seguridad Social de las mujeres trabajadoras que han compatibilizado su carrera laboral con la maternidad. Concretamente, el derecho a este complemento se condiciona al cumplimiento de los siguientes requisitos: a) que la mujer haya tenido, al menos, dos hijos biológicos o adoptivos antes del hecho causante de la prestación; b) que la mujer sea beneficiaria de una pensión contributiva de jubilación (salvo jubilación anticipada voluntaria y jubilación parcial), viudedad o incapacidad permanente; y c) que la pensión se haya causado a partir del 1-1-2016.

El importe de este complemento es el resultado de aplicar, a la cuantía inicial de la pensión, un porcentaje que varía en función del número de hijos: a) un 5 % en caso de dos hijos; b) un 10 % en caso de tres hijos; y un 15 % en caso de cuatro o más hijos. Lo que ocurre es que esta regla general presenta tres excepciones:

Primera excepción.- Cuando la pensión devengada alcanza el límite máximo. En este caso, debemos distinguir, a su vez, dos supuestos: Si la pensión sin el complemento supera el límite máximo, la suma no puede sobrepasar dicho límite incrementado en un 50 % del complemento asignado. Si la pensión más el complemento supera el límite máximo, la interesada tendrá derecho a percibir, además, el 50 % de la parte del complemento que exceda del límite máximo vigente en

<sup>54</sup> Ley 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2016 (BOE 30-10-2015, núm. 260)

cada momento. En tales casos, el complemento se calcula aplicando el porcentaje al importe de la pensión máxima.

Segunda excepción.- Cuando la pensión no alcanza el límite mínimo: Si la pensión causada no alcanza el límite mínimo, la beneficiaria cobrará la cuantía mínima y a dicho importe se le sumará el complemento por maternidad que será el resultado de aplicar el porcentaje que corresponda a la pensión inicialmente calculada.

Tercera excepción.- En caso de concurrencia de pensiones: En caso de concurrencia de pensiones, se reconocerá el complemento a una de las pensiones de la beneficiaria, de acuerdo con el siguiente orden de preferencia: a) a la pensión que resulte más favorable; b) si concurre una pensión de jubilación con una pensión de viudedad, el complemento se aplicará a la pensión de jubilación.

## V. LAS DISFUNCIONES DEL MODELO Y PROPUESTAS DE REFORMA LEGISLATIVA

Lograr la igualdad efectiva entre mujeres y hombres, en los períodos de inactividad laboral, pasa necesariamente por conseguir la igualdad en el acceso al empleo y en las condiciones de trabajo. Pero mientras ese objetivo no se consiga, está más que justificada la aplicación de medidas de acción positiva que confieran un trato desigual igualatorio. No cabe duda de que el elenco de medidas articulado por el legislador es amplio, pero presenta importantes disfunciones: En primer lugar, muchas de estas medidas han sido introducidas en el Ordenamiento jurídico a través reformas legislativas relativamente recientes<sup>55</sup> cuyo alcance temporal no ha tenido alcance retroactivo, aplicándose únicamente a las prestaciones causadas a partir de su entrada en vigor. A mayor abundamiento, muchas de estas normas no han sido especialmente cuidadosas al redactar las disposiciones transitorias y se han suscitado dudas con respecto a cuál es la fecha que ha de tomarse como hito temporal para determinar la legislación aplicable: ¿la vigente en la fecha en que se hizo uso del derecho de conciliación (la excedencia, la reducción de jornada) o en la fecha en que se produce el hecho causante de la prestación con respecto a la cual esta medida correctiva pretende hacerse valer?<sup>56</sup>

Además, los criterios de corrección resultan insuficientes para paliar la actual situación de desigualdad entre mujeres y hombres en el acceso a la protección del sistema y en la intensidad de la cobertura. Así, con respecto al acceso a la protección:

— La duración máxima de la excedencia por cuidado de familiares (dos años) y el período de asimilación a tiempo cotizado (un año) resultan claramente insuficientes, teniendo en cuenta que las necesidades de cuidado se prolongan por un período de seis años de media, a razón de diez horas de atención diaria<sup>57</sup>. Esta regulación puede provocar, en la práctica, la expulsión del cuidador del mercado de trabajo. Un dato especialmente preocupante si tenemos en cuenta que son las mujeres entre 55 y 65 años las principales proveedoras de cuidados informales a la población dependiente<sup>58</sup>, lo que va a tener un impacto en el acceso y en la cuantía de la pensión de jubilación.

— De otro lado, contraría el principio de igualdad y no parece tener una justificación razonable el hecho de que la cotización ficticia de 112 días por hijo no se haya hecho extensiva a la filiación por adopción.

—En lo que respecta al acceso a la jubilación anticipada, ya apuntamos que tras la reforma operada por el RD-Ley 5/2013, sólo pueden acceder a la jubilación anticipada quienes causen, con sus propias cotizaciones, una pensión cuya cuantía sea igual o superior al importe de la pensión

<sup>55</sup> La mayor parte de ellas, de hecho, son fruto de cambios legislativos que se han producido desde el año 2007 en adelante.

<sup>56</sup> Ver al respecto, SSTSJ Aragón 31-5-2010, R° 338/2010, Castilla-La Mancha 5-7-2010, R° 594/2010, Andalucía 25-9-2014, R° 3139/2013, La Rioja 11-12-2015, R° 340/2015. STS 20-7-2016, R° 568/2015-

<sup>57</sup> Libro blanco de la dependencia, 2004, p. 197.

<sup>58</sup> Consejo Económico y Social. *La participación Laboral de las mujeres en España*. Colección informes. Número 5/2016, p. 20.



mínima. Si tenemos en cuenta que un 30,69 % de las pensiones de jubilación percibidas por mujeres están complementadas a mínimos, es obvio que las mujeres tienen más dificultades que los hombres para jubilarse anticipadamente. Y es posible que esta sea una de las causas por las cuales la edad media de jubilación de las mujeres (64,3 años) es superior a la edad media de jubilación de los hombres (63,5 años)<sup>59</sup>. Convendría, por tanto, introducir un correctivo que facilitara a las mujeres el acceso a la jubilación anticipada.

—Siguiendo con los requisitos de acceso a la jubilación anticipada, y aun cuando se trate de una medida de alcance muy residual, no deja de resultar sorprendente que el servicio militar obligatorio o la prestación social sustitutoria se computen como período cotizado a efectos de causar la pensión y, sin embargo, el período dedicado al servicio social obligatorio de la sección femenina no merezca el mismo tratamiento. De ahí que no podamos estar más de acuerdo con la STSJ País Vasco 11-10-2016, R° 1821/2016, que concluyó que estábamos ante una diferencia de trato carente de toda justificación.

—Ya advertimos que un 92,31 % de los beneficiarios de la pensión de viudedad son mujeres. Pues bien, la cuantía media de esta pensión es sumamente baja, pues se concreta en 488,93 € cuando es percibida por hombres y en 668,77 € cuando es percibida por mujeres. Y, de hecho, un 30,98 % de las mismas se encuentran complementadas a mínimos. Como sabemos, la pensión de viudedad representa, con carácter general, un 52 % de la base reguladora<sup>60</sup>. No obstante, la DA 30.ª Ley 27/2011 previó la paulatina ampliación del porcentaje hasta el 60 % en el caso de que el beneficiario tuviera 65 o más años de edad, siempre y cuando no realizara una actividad profesional, no tuviera derecho a otra pensión pública y no percibiera ingresos por encima de una determinada cuantía. Esta previsión se aplazó *sine die* por la DA 83.ª LPGE 2013<sup>61</sup> y no se ha retomado hasta este año, en el que la DA 44ª LPGE 2018<sup>62</sup> ha aumentado el porcentaje hasta el 56 % en estos concretos supuestos y ha previsto un incremento hasta el 60 % para el 1-1-2019. No obstante, no parece que sea esta la solución al problema, resultando de urgencia una reforma integral de la pensión de viudedad (que dispense un trato claramente dispar en función de si ha habido o no dependencia económica con respecto al causante).

— La regulación actual de la prestación por desempleo dificulta a los trabajadores a tiempo parcial vertical el acceso a la protección y les reduce el período de pago, pues únicamente computa los días efectivamente cotizados en los seis años anteriores al hecho causante. Pues bien, en opinión del Tribunal de Justicia de la Unión Europea esta regulación se opone a la Directiva 79/7/CEE relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social, por cuanto se ha acreditado que la mayoría de los trabajadores a tiempo parcial vertical son mujeres (STJUE 9-11-2017, asunto Espadas Recio).

De otro lado, con respecto a la cuantía de las pensiones,

— A efectos del cálculo de las bases reguladoras, se podrían barajar soluciones novedosas, como la medida denominada *earning sharing* donde la cotización efectuada por cada miembro de la pareja se computa a ambos al 50 %, presumiendo que la división del trabajo que se ha hecho entre los dos ha sido necesaria y merece un reconocimiento por igual, independientemente de que uno se haya dedicado más a las actividades productivas y el otro más a las actividades domésticas<sup>63</sup>.

— La totalización de las bases de cotización durante la reducción de jornada se aplica a un período excesivamente escaso (únicamente dos años de los doce posibles en el caso de la

<sup>59</sup> Ministerio de Empleo y Asuntos Sociales. Altas y bajas de pensiones contributivas. Altas iniciales de jubilación según régimen y sexo, por edades. Datos a mayo de 2018.

<sup>60</sup> Art. 31.1 Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General que determina la cuantía de las prestaciones económicas del Régimen General de la Seguridad Social y condiciones para el derecho a las mismas (BOE 30-12-1966, núm. 312).

<sup>61</sup> Un aplazamiento que reiteró la DA 27.ª LPGE 2014, DA 29ª LPGE 2015 y DA 28ª LPGE 2016.

<sup>62</sup> Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018 (BOE 4-7-2018, núm. 161).

<sup>63</sup> VARA MIRANDA, María Jesús. La desigualdad de género en el sistema público de pensiones: el caso de España. *Tribuna de Economía*, 2011, núm. 859, p. 124.

reducción de jornada por cuidado de hijos y un año de todo el período de reducción de jornada por cuidado de familiares).

— El legislador no ha hecho extensivas al contrato a tiempo parcial las medidas previstas con respecto a la reducción de jornada por cuidado de hijos o de familiares, cuando hemos visto que un 30,42 % de las mujeres entre 30 y 49 años de edad alegan, como motivación para aceptar un trabajo de esas características, la asunción de tareas de cuidado y responsabilidades familiares.

— Siguiendo con el contrato a tiempo parcial, sería necesario modificar la regla especial de integración de lagunas según la cual éstas se completan con el importe de la base mínima de cotización pero corregido en función del número de horas contratadas en último término (art. 248.2 LGSS y art. 7.2 RD 1131/2002). De esta forma, el importe con el que se integra la laguna se minoraría cuando el período en el que se aplica ha sido precedido de un trabajo a tiempo parcial. Urge una reforma legislativa que parta de una visión secuencial y no estática de la vida laboral del beneficiario, de forma que los mecanismos de corrección previstos para los trabajadores a tiempo parcial no tomen como referente la jornada acordada en último término, sino la jornada realizada de promedio durante todo el período computable y contabilizando, a estos efectos, no sólo las horas ordinarias acordadas, sino también las horas complementarias efectivamente realizadas<sup>64</sup>.

— Si el complemento por maternidad pretende compensar las interrupciones en la cotización derivada de las responsabilidades familiares, carece de sentido: a) que se aplique a la pensión de viudedad percibida por las mujeres (pues dicha pensión se calcula en función de la carrera de seguro de la pareja, que muy probablemente no haya interrumpido su carrera por tal motivo); y b) que no se tenga en cuenta la discapacidad del hijo para modular la cuantía. Pero si el complemento lo que pretende es contraprestar el esfuerzo demográfico carece de sentido: a) que no se aplique a los hombres; b) que no se aplique a las mujeres que han tenido un solo hijo; y c) que se concrete en un porcentaje a aplicar sobre la cuantía final de la pensión, pues esta fórmula de cálculo beneficia en mayor medida a quien más cobra.

Y sea cual sea su finalidad, no se entiende que el complemento no se haya aplicado a las mujeres que se han visto expulsadas del nivel contributivo de protección, así como a las prestaciones causadas con carácter previo a la entrada en vigor de la Ley 48/2015.

---

<sup>64</sup> Y ello a pesar de que el TJUE haya entendido en su sentencia de 14-4-2015, asunto Lourdes Cachaldora, que nuestra legislación no contraría el Derecho de la Unión, puesto que la principal razón que justificó el fallo del Tribunal no fue jurídica, sino de prueba, en la medida en que no se acreditó que la regulación española afectara negativamente a un número mayor de mujeres que de hombres.

# CAPÍTULO VII. ¿QUIÉN Y CÓMO CUIDAN DE LOS CUIDADORES DE LAS PERSONAS MAYORES, ENFERMAS Y DISCAPACITADAS EN EL ÁMBITO FAMILIAR? ANÁLISIS CRÍTICO DE SU ESTATUTO JURÍDICO PROTECTOR

FRANCISCO JAVIER ARRIETA IDIAKEZ

*Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de Deusto*

## I. INTRODUCCIÓN

El objetivo principal de este estudio consiste en responder a la cuestión de quién y cómo cuida de los cuidadores de las personas mayores, enfermas y discapacitadas en el ámbito familiar. Se plantea dicha cuestión por distintos motivos. Principalmente, se atiende al envejecimiento de la sociedad<sup>1</sup>. Y ello porque si de por sí la vejez conlleva problemas de dependencia, el aumento del colectivo de la población mayor también se está traduciendo en un incremento de la dependencia<sup>2</sup>. Ahora bien, al margen de dicha realidad, debe centrarse la atención, asimismo, en «la dependencia por razones de enfermedad y otras causas de discapacidad o limitación, que se han incrementado (...) también, por las consecuencias derivadas de siniestralidad vial y laboral»<sup>3</sup>.

Ante esa situación, cobra especial importancia la preocupación por los cuidadores de las personas mayores, enfermas y discapacitadas en el ámbito familiar, como una realidad que

---

<sup>1</sup> En concreto, conforme a los datos de 2017 del Instituto Nacional de Estadística (INE), la esperanza de vida al nacer es en España de 83,10 años (80,4 para hombres y 85,7 para mujeres). Y, de acuerdo con las condiciones de mortalidad del momento, se estima que una persona que alcanza los 65 años en 2017 puede vivir, de media, 19,1 años si es hombre y 23,0 más si es mujer. Por su parte, según pasan los años, la tasa de natalidad se reduce. Así, desde 2008 el número de nacimientos se ha reducido un 24,6% (Nota de prensa del INE, de 19 de junio de 2018. En [http://www.ine.es/prensa/mnp\\_2017\\_p.pdf](http://www.ine.es/prensa/mnp_2017_p.pdf)). Pese a que durante los dos últimos años (2016 y 2017) se ha producido un incremento poblacional, ello se debe al saldo migratorio positivo, pues, en realidad, el saldo vegetativo (nacimientos menos defunciones) es negativo. Es más, a fecha de 1 de enero de 2018 de los 46.659.302 de habitantes, un 19,20% son mayores de 65 años, es decir, 8.960.679 personas (Nota de prensa del INE, de 25 de junio de 2018. En [http://www.ine.es/prensa/cp\\_e2018\\_p.pdf](http://www.ine.es/prensa/cp_e2018_p.pdf)). Además, es de esperar que en los próximos años se produzca un «envejecimiento del envejecimiento», es decir, un aumento considerable de la proporción de mayores de 80 años dentro del colectivo de mayores (CRESPO LÓPEZ, M. y LÓPEZ MARTÍNEZ, J.: *El estrés en cuidadores de mayores dependientes*. Cuidarse para cuidar, Madrid, Ediciones Pirámide, 2007, p. 17).

<sup>2</sup> En ese sentido, la Exposición de Motivos de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia (BOE de 15 de diciembre de 2006, núm. 299), en su apartado 1, hace hincapié en «la clara correlación existente entre la edad y las situaciones de discapacidad, como muestra el hecho de que más del 32% de las personas mayores de 65 años tengan algún tipo de discapacidad, mientras que este porcentaje se reduce a un 5% para el resto de la población». Por su parte, el XVIII Dictamen del Observatorio de la Ley 39/2006 de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia (2018) (<https://www.directoressociales.com/documentos/dictamenes-observatorio.html>), señala cómo a fecha de 31 de diciembre de 2017 había en España 1.264.951 personas en situación de dependencia reconocida y otras 120.213 que estaban pendientes de valoración. Como se subraya en dicho dictamen, esto significa que el 3,01% de la población necesita apoyos de mayor o menor intensidad para desarrollar las actividades básicas de la vida diaria.

<sup>3</sup> Apartado 1 de la Exposición de Motivos de la Ley 39/2006.

necesariamente debe afrontarse. En último término, se trata de analizar su estatuto jurídico protector y de averiguar si el mismo los protege adecuadamente<sup>4</sup>.

Tradicionalmente, la atención y cuidado de las personas dependientes se ha prestado en el núcleo de la familia, a cargo de los parientes más cercanos, y, mayoritariamente, por las mujeres. Así se reconoce expresamente en la Exposición de Motivos de la Ley 39/2006. Pero, al mismo tiempo, se afirma que «los cambios en el modelo de familia y la incorporación progresiva de casi tres millones de mujeres, en la última década, al mercado de trabajo introducen nuevos factores en esta situación que hacen imprescindible una revisión del sistema tradicional de atención para asegurar una adecuada capacidad de prestación de cuidados a aquellas personas que lo necesiten»<sup>5</sup>. En concreto, el legislador ha apostado por la promoción de un modelo público y profesionalizado del cuidado de las personas mayores, enfermas o discapacitadas. Sin embargo, no ha tenido en cuenta, suficientemente, la voluntad de las personas dependientes y de sus familias, descuidando la tradición de países, como los latinos, en los que la asistencia a esas personas ha venido sostenida prioritariamente por el núcleo familiar, y en los que tanto para el sujeto que se encuentra en situación de dependencia, como desde la perspectiva de la familia implicada, el modelo público y profesionalizado no tiene por qué ser considerado en todo caso como el modelo óptimo para atender y cuidar a la persona dependiente. Así, excepto en los casos de dependencia más grave o severa, en los que la situación requiere una intervención profesional, no puede obviarse que la persona dependiente susceptible de protección, por su situación de especial vulnerabilidad, y atendiendo al principio de libertad de elección por el afectado, va a valorar como factor principal la relación emocional y de afecto que le vincula a la persona que le atiende<sup>6</sup>. En ese sentido, no cabe olvidar que la Recomendación nº 9, del Consejo de Europa, de 18 de septiembre de 1998, relativa a la dependencia, tras considerar que «el principio de respeto de la autonomía de la persona dependiente debe guiar toda política a favor de las personas dependientes», establece como principio general en favor de las personas dependientes que «una política en favor de las personas dependientes o susceptibles de poder serlo debe llevar a: ayudar a las personas dependientes a llevar una vida según sus propias necesidades y deseos». Además, ello se vincula con el reconocimiento al derecho que toda persona dependiente tiene al respeto a su dignidad humana y de su autonomía, de forma y manera que debe participar en toda toma de decisión que le concierne. Finalmente, esta recomendación se refiere expresamente a los cuidadores sin estatuto profesional, y, precisamente, entre los principios generales en favor de los mismos, establece la obligación de los poderes públicos de «reconocer la importancia y el valor social del rol de los cuidadores como participantes indispensables del sistema de cuidados y de ayuda a la persona dependiente»<sup>7</sup>.

Con todo, el derecho que asiste a las personas dependientes de poder apostar por los cuidadores familiares<sup>8</sup>, así como la firme voluntad y el compromiso de sus familiares para llevar a cabo el cuidado en cuestión, como ejemplo de entrega y cariño, quedan, en la práctica, fuertemente

<sup>4</sup> En esa línea, se ha constatado que «se ha investigado relativamente poco sobre los cambios en las políticas del estado de bienestar hacia el cuidado que los miembros de la familia proporcionan dentro de la familia, y cómo estos han afectado el cuidado dentro de la familia y la relación entre el estado del bienestar y la familia» (FLAQUER, L., PFAU-EFINGER, B. y ARTIAGA LEIRAS, A.: «El trabajo familiar de cuidado en el mercado del estado de bienestar». En *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 2014, vol. 32, núm. 1, p. 12).

<sup>5</sup> Cfr. apartado 2.

<sup>6</sup> MOLERO MARAÑÓN, M.L.: «El reajuste o revisión profunda de las prestaciones económicas en el funcionamiento del SAAD: en especial, sobre la prestación por cuidados familiares». En *Retos para un implantación efectiva del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia* (MOLERO MARAÑÓN, M.L., Coord.), Ediciones Cinca, Madrid, 2012, pp.158-159.

<sup>7</sup> Debe matizarse que «a los efectos de esta recomendación, se consideran cuidadores sin estatuto profesional a los miembros de la familia, vecinos u otras personas que prestan cuidados y acompañan a las personas dependientes, de manera regular sin beneficiarse de un estatuto profesional que les confiera derechos y obligaciones».

<sup>8</sup> Así, parte de la doctrina defiende que «el acceso a la prestación para cuidados en el entorno familiar debería haberse configurado como un derecho potestativo de la persona dependiente siempre que su capacidad cognitiva, la atención requerida y las condiciones del entorno, oportunamente valoradas por los órganos competentes en el ámbito de los servicios sociales autonómicos, permitieran su ejercicio» (MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C. et al.: *La protección jurídica de las situaciones de dependencia. Estudio sistemático de la Ley 39/2006...*, Granada, Comares, 2007, p. 328).

condicionados, cuando no limitados, por la Ley 39/2006<sup>9</sup>. En efecto, se contempla como excepcional la posibilidad de que las personas dependientes reciban una prestación económica para ser atendidos por cuidadores familiares, no profesionales<sup>10</sup>. Es más, debe tenerse en cuenta que, en general, el legislador prioriza los servicios frente a las prestaciones económicas, en la línea ya apuntada de apostar por un modelo público y profesionalizado del cuidado de las personas dependientes<sup>11</sup>.

Por todo ello, de entrada, puede percibirse una falta de sensibilidad hacia los cuidadores familiares. Igualmente, esta hipótesis es la que conduce a indagar sobre el estatuto jurídico protector de estos cuidadores, con la finalidad de determinar el alcance del mismo y poder considerar así su suficiencia<sup>12</sup>. Sin perjuicio de que la protección de los cuidadores familiares pueda entenderse en un sentido amplio<sup>13</sup>, el objeto de este estudio se centrará exclusivamente en el aspecto económico. Con otras palabras, se pretende analizar la existencia y, en su caso, alcance de prestaciones económicas que permitan evitar la situación de necesidad en la que puedan quedar los cuidadores familiares, tanto durante el período destinado a dicho cuidado como posteriormente. Ciertamente, durante el período destinado al cuidado del familiar, la situación de necesidad puede producirse como consecuencia de la falta de ingresos y el aumento de gastos que padecerá el cuidador, teniendo en cuenta que para el debido cuidado del familiar deberá dejar de trabajar o, en su caso, reducir seriamente su jornada laboral. Y, posteriormente, la situación de necesidad podría producirse, precisamente, por no haber podido cotizar, o haber cotizado insuficientemente, durante el período dedicado al cuidado del familiar, ante la ausencia de ingresos o merma de los mismos, para poder hacer frente a la materialización de otras contingencias que les puedan afectar (v.gr. incapacidades, jubilación). A todo ello se dedicarán los apartados siguientes, pero, previamente, se centrará la atención en la delimitación de los conceptos clave para con el objeto de estudio.

<sup>9</sup> Ciertamente, como indica VILLALBA SÁNCHEZ, «el vínculo afectivo y la confianza depositada en la persona que se encargue de ellas cobra una importancia nada desdeñable en orden a garantizar el bienestar psíquico de las personas mayores» [VILLALBA SÁNCHEZ, A.: «Los derechos de los trabajadores con personas de edad avanzada a su cargo. Una aproximación al cuidado de las personas de edad avanzada desde el Derecho del Trabajo español». En *Civitas: Revista Española de Derecho del Trabajo*, 2017, núm. 195 (BIB 2017\482), p. 3].

<sup>10</sup> Como ha advertido la doctrina, dicha excepcionalidad colisiona, y, por ende, resulta contradictorio, con uno de los principios que inspira la ley, a saber, «la permanencia de las personas en situación de dependencia, siempre que sea posible, en el entorno en el que desarrollan su vida» (artículo 3.i). Resulta extraordinariamente difícil hacer converger ambas pretensiones (FUENTES FERNÁNDEZ, F. y FERNÁNDEZ VILLARINO, R.: «Aspectos laborales de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia». En *Trabajo: Revista andaluza de relaciones laborales*, 2006, núm. 18, pp. 148 y 151).

<sup>11</sup> Cfr. artículo 14, en relación con los artículos 17 y 18. En ese sentido, véase el artículo 12.1 del Real Decreto 1051/2013, de 27 de diciembre (BOE de 31 de diciembre de 2013, núm. 313).

<sup>12</sup> Esta hipótesis se refuerza con conclusiones como las aportadas por PÉREZ-BENEYTO ABA, al señalar que «es preciso anteponer al mercado y al beneficio la vida de las personas, su bienestar, sus condiciones de vida. Y en este bienestar, situar al cuidado como centro (...) exige una reorganización de los tiempos y los trabajos, entre otros cambios» (PÉREZ-BENEYTO ABA, J.J.: «Estado de Bienestar y trabajos de cuidado». En *Revista de Derecho Social y Empresa*, 2015, núm. 3, p. 203).

<sup>13</sup> Sobre la concreción de ese sentido amplio véanse en extenso CRESPO LÓPEZ, M. y LÓPEZ MARTÍNEZ, J., *ob. cit.*, pp. 42, 44, 45, 74-79, 80 y ss., y 83 y ss.; PÉREZ CANO, V., MUSITU OCHOA, G. y MORENO RUIZ, D.: *Familiares cuidadores de mayores. Una ardua y silenciosa labor. Realidad y perspectivas de futuro*, Dykinson, Madrid, p. 127; FEDERACIÓN ESPAÑOLA CONTRA LA FIBROSIS QUÍSTICA: *Manual de medidas de protección para familiares de personas con Fibrosis Quística*, Valencia, 2006, pp. 74-75; CRESPO LÓPEZ, M. y LÓPEZ MARTÍNEZ, J.: *El apoyo a los cuidadores de familiares mayores dependientes en el hogar: desarrollo del programa "Cómo mantener su bienestar"*, MTAS, Madrid, pp. 21-41; ROJAS GONZÁLEZ, M. *Cuidar al que cuida*, Aguilar, Madrid, 212 pp.; y desde el punto de vista institucional, debe destacarse el Anexo II de la Resolución de 23 de abril de 2013, de la Secretaría de Estado de Servicios Sociales e Igualdad (BOE de 16 de mayo de 2013, núm. 117).

## II. DELIMITACIÓN DE LOS CONCEPTOS CLAVE PARA CON EL OBJETO DE ESTUDIO

Son tres los ámbitos conceptuales que deben tratarse con carácter previo al análisis del estatuto jurídico protector de los cuidadores familiares, en la medida en que la comprensión de los mismos resulta esencial para poder perfilar los contornos del objeto de estudio.

### 1. PERSONAS MAYORES, ENFERMAS Y DISCAPACITADAS

Es una constante en cualquier sociedad el hecho de que, por razones varias, como la edad, discapacidad o enfermedad, una parte de la población precise de la ayuda para desarrollar las actividades cotidianas<sup>14</sup>. Por ello, a los efectos de este estudio debe ponerse el acento en el concepto de dependencia, como elemento aglutinador de las personas mayores, enfermas y discapacitadas. Y ello por varias razones. En primer lugar, existe un concepto jurídico determinado de dependencia. Así, conforme al artículo 2.2 de la Ley 39/2006, se considera dependencia «el estado de carácter permanente en que se encuentran las personas que, por razones derivadas de la edad, la enfermedad o la discapacidad, y ligadas a la falta o a la pérdida de autonomía física, mental, intelectual o sensorial, precisan de la atención de otra u otras personas o ayudas importantes para realizar actividades básicas de la vida diaria o, en el caso de las personas con discapacidad intelectual o enfermedad mental, de otros apoyos para su autonomía personal». Y, en segundo lugar, la protección otorgada a los cuidadores familiares girará básicamente en torno a dicho concepto de dependencia, dado que legalmente queda configurado como una contingencia específicamente tutelada. Pero ello no quiere decir que no quepa protección alguna para los cuidadores familiares de personas no dependientes en sentido técnico, precisamente, por faltar el carácter permanente inherente a la dependencia y, en consecuencia, no haberse reconocido la situación de dependencia. Cuestión distinta es que, en este último caso, la protección sea de menor intensidad, como se verá más adelante (*infra III*). Igualmente, debe mencionarse aquí la especial situación en la que se encuentran los cuidadores familiares de menores de tres años. En efecto, a pesar de ser reconocidos por la Ley 39/2006 como titulares de los derechos otorgados a las personas dependientes, ven reducidos tales derechos tan solo a una serie de ayudas económicas para facilitar la autonomía personal, que, con carácter de subvención, van destinadas, por un lado, a apoyar a la persona con ayudas técnicas o instrumentos necesarios para el normal desenvolvimiento de su vida ordinaria, y, por otro lado, a facilitar la accesibilidad y adaptaciones en el hogar que contribuyen a mejorar su capacidad de desplazamiento en la vivienda<sup>15</sup>. Es decir, esta limitación supone que los menores de tres años no tienen derecho a la prestación económica para cuidados en el entorno familiar, y no cabe olvidar que es junto a dicha prestación donde se regula el apoyo a los cuidadores no profesionales, informales o familiares, así como la apertura hacia la protección otorgada por el Sistema de Seguridad Social de tales familiares. Ello no obstante, como se observará más adelante, también caben distintas medidas protectoras para con tales familiares (*infra III y IV*).

### 2. CUIDADORES FAMILIARES

El concepto de cuidadores familiares se encuentra jurídicamente determinado en el artículo 2.5 de la Ley 39/2006, que, bajo la denominación de «cuidados no profesionales», se refiere a la «atención prestada a personas en situación de dependencia en su domicilio, por personas de la familia o de su entorno, no vinculadas a un servicio de atención profesionalizada». Como puede apreciarse, se desborda el estricto ámbito familiar, para dar cabida no solo a los parientes, sino

<sup>14</sup> BARCELÓ COBEDO, S. y QUINTERO LIMA, M.: «Las situaciones de dependencia personal como nueva contingencia protegida por el Sistema de Protección Social». En *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 2006, núm. 60, p. 14.

<sup>15</sup> Cfr. Artículo 5, en conexión con la Disposición Adicional 3ª de la Ley 39/2006. Para un análisis detallado de las ayudas a los menores de tres años, véase la Resolución de 25 de julio de 2013, de la Secretaría de Estado de Servicios Sociales e Igualdad (BOE de 2 de agosto de 2013, núm. 184).

también a otros sujetos que mantengan con el dependiente relaciones afectivas similares a las familiares. Se habla entonces de «cuidadores informales»<sup>16</sup>. Sin embargo, dado el objeto de estudio, se prestará atención solamente a los cuidadores familiares. Así, conforme al artículo 12.2 del Real Decreto 1051/2013, el grado de parentesco que permite referirse a los cuidadores familiares de la persona en situación de dependencia queda concretado en «su cónyuge y sus parientes por consanguinidad, afinidad o adopción, hasta el tercer grado de parentesco». Ahora bien, se matiza que «se entienden como situaciones asimiladas a la relación familiar, las parejas de hecho, tutores y personas designadas, administrativa o judicialmente, con funciones de acogimiento». Asimismo, junto al grado de parentesco también es necesario que los cuidadores familiares convivan en el mismo domicilio de la persona dependiente y esté siendo atendido por ellos. Cuestión distinta es que haya que estar a otra serie de requisitos o criterios de cara a la concesión de la prestación económica para cuidados en el entorno familiar y apoyo a cuidadores no profesionales que se contempla en los artículos 14.4 y 18 de la Ley 39/2006, y que se desarrolla en el Real Decreto 1051/2013. Tales requisitos se analizarán en el apartado relativo a la protección social de los cuidadores profesionales (*infra IV*).

### 3. ESTATUTO JURÍDICO PROTECTOR

Abordar el concepto de estatuto jurídico protector de los cuidadores familiares supone identificar quién y cómo cuida de los mismos. De este modo, respecto a la primera cuestión (*quién*) puede decirse que cuidan de los cuidadores familiares el Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia (SAAD), el Sistema de Seguridad Social e incluso algunas técnicas de previsión social complementaria. No en vano, como se observará, las prestaciones de la Seguridad Social interactúan con las prestaciones del SAAD<sup>17</sup>, sin perjuicio de que las mismas puedan ser complementadas por la previsión social complementaria. Por consiguiente, procede hablar de Protección Social<sup>18</sup>. Pero conviene no olvidar que al margen de la Protección Social, de la cual solo forman parte aquellos mecanismos ideados por el legislador para atender a las necesidades sociales, previamente tipificadas en las normas que regulan tales mecanismos<sup>19</sup>, existen ciertas medidas laborales que también abogan por la conciliación de la vida personal, familiar y laboral. Todo ello hace que sea más adecuado hablar de estatuto jurídico protector. Otra cosa es cómo repercuten tales medidas laborales en la Protección Social. Por su parte, en lo que respecta a la segunda cuestión (*cómo*), puede decirse que para cuidar a los cuidadores familiares debe estarse a diversos mecanismos, como las cotizaciones y las prestaciones económicas. A todo ello se hará referencia en los apartados que siguen.

### III. MEDIDAS LABORALES APLICABLES A LOS CUIDADORES FAMILIARES Y SU EVENTUAL REFLEJO EN LA PROTECCIÓN SOCIAL DE LOS MISMOS

Desde la perspectiva del Derecho del Trabajo, son varias las medidas reguladas para favorecer que los trabajadores puedan atender y cuidar a sus familiares dependientes. En consecuencia, se trata, en ese apartado, de averiguar cuáles de esas medidas, al mismo tiempo, cuentan con algún tipo de protección social, cuando los familiares deciden reducir su jornada o dejar de trabajar. Pero, teniendo en cuenta el carácter permanente que resulta inherente a la definición de dependencia (cfr. artículo 1.2 de la Ley 39/2006) y, por ello, la extensión también durante un lapso de tiempo indeterminado que requerirá la dedicación al cuidado por parte de los familiares, no se

<sup>16</sup> En todo caso, debe hacerse hincapié en que «dicho vínculo afectivo es realmente el soporte fundamental que subyace y justifica la figura legal del cuidador informal» (MOLERO MARAÑÓN, M.L., *ob. cit.*, p. 162).

<sup>17</sup> LÓPEZ AHUMADA, J.E.: «Consideraciones sobre la cobertura social de las personas con discapacidad y dependencia». En *Anuario Facultad de la Facultad de Derecho (Universidad de Alcalá)*, 2012, núm. 5, p. 108.

<sup>18</sup> Vid. HURTADO GONZÁLEZ, L.: «El Derecho de la Seguridad Social ante las nuevas prestaciones de dependencia». En *Temas Laborales*, 2009, núm. 98, p. 111.

<sup>19</sup> Vid. AGUILERA IZQUIERDO, R., BARRIOS BAUDOR, G. y SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: *Protección Social Complementaria*, Tecnos, Madrid, 2005, 2ª edición, pp. 25-33.

analizan aquí las medidas que pueden calificarse de «puntuales», como puede ser el permiso para ausentarse del trabajo, con derecho a remuneración, de dos días reconocido por el TRLET<sup>20</sup> (cfr. artículo 37.3.b), por motivo de enfermedad grave, hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización pero que precise reposo domiciliario, de parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad<sup>21</sup>. En verdad, este tipo de permisos son mejorables vía negociación colectiva, pero sería deseable que también legalmente se contemplara la posibilidad de conceder permisos retribuidos por las ausencias justificadas en el trabajo para poder visitar a los familiares que se encuentran ingresados en la UCI. Y ello porque se considera que la mejor protección consiste en la conservación de la retribución. El ingreso en la UCI conlleva un régimen de visitas restringido y acotado en determinadas franjas horarias. Además, los ingresos en UCI no tienden a alargarse en el tiempo<sup>22</sup>. Siguiendo con las mejoras establecidas en los convenios colectivos, son muchos los convenios que regulan ayudas, complementos o prestaciones económicas para sus trabajadores, principalmente, con hijos con discapacidad, disminuidos o con diversidad funcional, aunque también con cónyuge o pareja de hecho discapacitado, o hermanos discapacitados<sup>23</sup>. Pero debe subrayarse que sin el reconocimiento del tiempo necesario para el cuidado de los familiares dependientes, pueden no ser suficientes. Un tiempo de ausencia, limitada, por reducción de jornada, o total, por dejar de trabajar temporalmente, sin retribución y protección social hace muy difícil o inviable el cuidado por familiares<sup>24</sup>. En esa línea, cabe apuntar, como buena práctica, la concesión de permisos especiales retribuidos para el cuidado y la atención de un familiar, debido a su enfermedad muy grave, de hasta un mes de duración, lo que puede resultar de gran interés en los casos de estado terminal, sobre todo de cara a su acompañamiento<sup>25</sup>, y de una manera más tímida pero efectiva, el derecho a permiso, *sine die*, no retribuido pero durante el cual el trabajador dedicado al cuidado del familiar permanece en situación de alta y respecto al cual la empresa mantiene la obligación de cotizar, tomando como base de cotización la correspondiente al grupo y nivel económico al que pertenezca<sup>26</sup>.

## 1. REDUCCIÓN DE JORNADA POR CUIDADO DIRECTO DE UN FAMILIAR

El artículo 37.6 del TRLET contempla el derecho a la reducción de la jornada de quien precisa encargarse del cuidado directo de un familiar, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente o enfermedad no pueda valerse por sí mismo y siempre que no desempeñe actividad retribuida. Sin duda, se trata de una medida interesante para aquellas personas que, por distintos motivos, pueden conciliar su vida laboral con el cuidado de un familiar. En concreto, la medida consiste en reducir la jornada de trabajo diaria, sin que se permita

<sup>20</sup> BOE de 24 de octubre de 2015, núm. 255.

<sup>21</sup> Vid. VILLALBA SÁNCHEZ, A., *ob. cit.*, pp. 8-10.

<sup>22</sup> En la línea de estos permisos retribuidos, se reconoce, por ejemplo, una hora de ausencia en el trabajo en el Convenio colectivo provincial para el sector de limpieza de edificios y locales de la provincia de Zamora (BOP de Zamora de 8 de enero de 2018, núm. 3) (cfr. artículo 24).

<sup>23</sup> Para el estudio de este tipo de medidas en los convenios colectivos del período 2009-2012, se recomienda GARCÍA ORTEGA, J.: «Prestaciones de apoyo a la familia en la negociación colectiva». En *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2012, núm. 32, pp. 2, 16-22, 24-25 y 30. Más actualmente, cabe destacar, como ejemplo de la variedad existente, las regulaciones contempladas en los siguientes convenios colectivos: Convenio colectivo de Activa Innovación y Servicios, SAU (BOE de 19 de enero de 2018, núm. 17) (cfr. artículo 45); XIII Convenio colectivo de Shweppes, S.A. (BOE de 24 de enero de 2018, núm. 21) (cfr. artículo 37 y Anexo XIII); Convenio colectivo para las industrias de transporte por carretera de la provincia de Huelva para el año 2018 (BOH de 26 de enero de 2018, núm. 19) (cfr. artículo 44); Convenio colectivo de la pequeña y mediana industria del metal de la provincia de Cádiz (BOP de Cádiz, de 1 de febrero de 2018, núm. 23) (cfr. artículo 32); II Convenio colectivo de Alcor Seguridad, S.L (BOE de 23 de marzo de 2018, núm. 72) (cfr. artículo 55); Convenio colectivo de ESC Servicios Generales, SL (BOE de 4 de abril de 2018, núm. 82) (cfr. artículo 49); Convenio colectivo de Thales España GRP, SAU (BOE de 6 de julio de 2018, núm. 163) (cfr. cláusula 27).

<sup>24</sup> Profundizando también en esta cuestión *infra* IV.1.

<sup>25</sup> Vid. Convenio colectivo de la empresa Eltec It Services, SLU (BOE de 10 de enero de 2018, núm. 9) (cfr. artículo 56, en caso de enfermedad muy grave de un familiar de hasta segundo grado).

<sup>26</sup> Vid. Convenio colectivo de Worldwide Flight Service, SA, Servicios Aeropuertarios de Carga (BOE de 27 de marzo de 2018, núm. 75) (cfr. artículo 63).



la acumulación de la reducción de días completos, aunque ello pudiera ser, en algunos casos, más beneficioso para el trabajador interesado<sup>27</sup>. Ahora bien, cabe la posibilidad de que por convenio colectivo dicha reducción tome como período de referencia la semana, cuando esta sea la jornada ordinaria de los trabajadores. Y ello porque se trata de una norma más favorable para los trabajadores<sup>28</sup>. Así, respetándose este límite inicial, según el cual la reducción debe operar dentro de la jornada ordinaria del trabajador interesado, corresponde a este la concreción horaria y la determinación del período del disfrute de la reducción (cfr. artículo 37.7 del TRLET), dentro de los límites mínimos y máximos fijados bien en el artículo 37.6 del TRLET (al menos un octavo y un máximo de la mitad), bien, como mejora, en el convenio colectivo que, en su caso, resulte de aplicación. Obviamente, el aspecto negativo de esta medida es que el trabajador que la asuma verá reducido proporcionalmente su salario. Precisamente, dicha reducción del salario, en principio, debería tener su más directa consecuencia en las cotizaciones a realizar a la TGSS, pues las mismas también deberían reducirse en proporción a la reducción del salario<sup>29</sup>. Sin embargo, en virtud de lo establecido en el artículo 237.3 del TRLGSS<sup>30</sup>, las cotizaciones realizadas durante el primer año del período de reducción de jornada se computarán incrementadas hasta el 100 % de la cuantía que hubiera correspondido si se hubiera mantenido sin dicha reducción la jornada de trabajo, a los efectos de las correspondientes prestaciones de la Seguridad Social por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad<sup>31</sup>. De este modo, se consigue contrarrestar el efecto negativo que el disfrute del derecho a la reducción de la jornada pudiera producir sobre la cuantía de esas futuras prestaciones<sup>32</sup>. Asimismo, a efectos de calcular la prestación por desempleo que pudiera corresponder al trabajador que ha optado por la reducción de su jornada para el cuidado de su familiar dependiente, en los términos del artículo 37.6 del TRLET, el artículo 270.6 del TRLGSS dispone que para el cálculo de la base reguladora (BR), las bases de cotización (BC) se computarán incrementadas hasta el 100 % de la cuantía que hubiera correspondido si se hubiera mantenido, sin reducción, el trabajo a tiempo completo o parcial<sup>33</sup>.

## 2. EXCEDENCIA POR CUIDADO DE UN FAMILIAR

La excedencia por cuidado familiar es la medida laboral que se prevé para aquellos supuestos en los que se opta por dejar de trabajar, totalmente, por un tiempo, a los efectos de poder atender y cuidar a un familiar. Regulada en el artículo 46.3 del TRLET, se reconoce el derecho a un período de excedencia de duración no superior a dos años, salvo que se establezca una duración mayor por negociación colectiva, para atender al cuidado de un familiar hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad, que por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad no

<sup>27</sup> DE LA PUEBLA PINILLA, A.: «Conciliación de la vida familiar y laboral». En VVAA.: *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores. Libro homenaje a Tomás Sala Franco* (GOERLICH PESET, J.M., Coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, p. 699.

<sup>28</sup> Vid. SAN 4ª, de 23 de marzo de 2015, núm. rec. 16/2015 (F.D. 4º).

<sup>29</sup> En torno al aspecto negativo de esta medida, si no se acompaña «de medidas protectoras de Seguridad Social y de servicios sociales adecuados» véase LÓPEZ GANDÍA, J.: «Desempleo y reducción de jornada por cuidado de hijos y familiares». En *Revista de Derecho Social*, 2004, núm. 28, p. 160.

<sup>30</sup> BOE de 31 de octubre de 2015, núm. 261.

<sup>31</sup> Véase al respecto FERNÁNDEZ ORRICO, F.J.: «Artículo 237. Prestación familiar en su modalidad contributiva». En *Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social. Volumen IV. Régimen de la Seguridad Social II: Acción protectora* (SEMPEPE NAVARRO, A.V. y BARRIOS BAUDOR, G.L., Dirs.), Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 677-679.

<sup>32</sup> DE LA PUEBLA PINILLA, A., *ob. cit.*, p. 704.

<sup>33</sup> Al respecto, y basándose en el Voto Particular formulado por las magistradas Dª María Emilia Casas Baamonde y Dª Elisa Pérez Vera frente al Auto 200/2007, de 27 de marzo, del Tribunal Constitucional, véase, justificando esta protección, ALONSO-OLEA, GARCÍA, B.: «La conciliación de la vida personal, familiar y laboral y la protección de la familia». En *Civitas: Revista Española de Derecho del Trabajo*, 2010, núm. 146 (BIB 2010\589), p. 8. En la misma línea, véase VIQUEIRA PÉREZ, C.: «El Derecho a la reducción de jornada por motivos familiares y la prestación por desempleo». En *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2005, núm. 9, pp. 12-16. La jurisprudencia destaca desde hace tiempo que en tales supuestos la protección de la familia constituye una «finalidad que ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa (STS 4ª, de 20 de julio de 2000, núm. rec. ud. 3799/1999, F.D. 4º y STS 4ª, de 11 de diciembre de 2001, núm. rec. ud. 1817/2001, F.D. 4º).

pueda valerse por sí mismo, y no desempeñe actividad retribuida<sup>34</sup>. Siendo una modalidad específica de suspensión del contrato (cfr. artículo 45.1.k del TRLET), lleva consigo la exoneración de las obligaciones recíprocas de trabajar y remunerar el trabajo (cfr. artículo 45.2 del TRLET). Por tanto, uno de los principales problemas que se derivan de esta medida es que deja al beneficiario sin ingresos, lo que, a la postre, puede dar lugar a que pueda quedar en situación de necesidad. A pesar de ello, no existe ninguna contingencia específica dentro del Sistema de Seguridad Social, ni se contempla prestación alguna de asistencia social destinada a cubrir tal necesidad<sup>35</sup>. Solamente, a tenor del artículo 237.2 del TRLGSS, se considera, en el ámbito de la prestación familiar en su modalidad contributiva del Sistema de Seguridad Social, efectivamente cotizado a los efectos de las prestaciones de la Seguridad Social por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad, el primer año del período de excedencia forzosa<sup>36</sup>. Lo que sucede es que, a diferencia de lo que sucede con la reducción de la jornada, en estos casos se produce un vacío de cotización. Y la solución para cubrir dicho vacío pasa por suscribir un convenio especial de Seguridad Social, siempre y cuando se cumplan los requisitos establecidos en la regulación general contemplada en la Orden TAS/2865/2003, de 13 de octubre<sup>37</sup> (cfr. capítulo I)<sup>38</sup>. Los problemas aumentarán cuando las necesidades de cuidado superen los años previstos para esta modalidad de excedencia o se refieran a otros familiares. Así, para solventar tales problemas puede recurrirse a lo prescrito por el artículo 46.3 del TRLET, en el sentido de extender la situación de excedencia vía convenio colectivo, con el régimen y efectos que en el mismo se prevean<sup>39</sup>.

## IV. LA PROTECCIÓN SOCIAL DE LOS CUIDADORES FAMILIARES

### 1. PRESTACIÓN ECONÓMICA PARA CUIDADOS EN EL ENTORNO FAMILIAR Y APOYO A CUIDADORES NO PROFESIONALES

Debe partirse del hecho de que la persona dependiente es en sí la titular y beneficiaria directa de esta prestación económica (cfr. artículo 18 de la Ley 39/2006). Pero, en la práctica, parece que dicha prestación está destinada a soportar o compensar, de alguna manera, el coste de dedicación que asumen los cuidadores no profesionales o informales por dejar de trabajar o reducir su jornada laboral y dedicarse al cuidado de la persona dependiente<sup>40</sup>. Un coste que se pretende cubrir, por lo menos, destinando parte de dicha prestación a las cotizaciones de Seguridad Social que debe realizar el cuidador, cuando este opte por la protección que concede en estos casos el Sistema de Seguridad Social, dado su carácter voluntario (*infra* IV.2). Ello no obstante, la voluntad de la persona dependiente puede ser también la de atribuir a dicho cuidador lo que pueda restar de la prestación económica percibida tras el abono de las cotizaciones o, la de atribuir en su integridad la prestación, en el supuesto de que el cuidador opte por no beneficiarse de la protección concedida

<sup>34</sup> Cabe señalar que se tiende a considerar, principalmente, vía negociación colectiva, que la pareja de hecho, constituida conforme a Derecho, tiene la misma consideración que el/la cónyuge (vid. artículo 24 del Convenio colectivo de la empresa Eltec It Services, SLU).

<sup>35</sup> Haciendo hincapié en esta carencia véase LÓPEZ GANDÍA, J.: «Seguridad Social y conciliación de la vida familiar y laboral: reducción de jornada y excedencias». En *Revista Doctrina Aranzadi Social*, 2003, núm. 15 (BIB 2003\1348), p. 6.

<sup>36</sup> Para profundizar en el alcance de esta medida véanse los artículos 6 y 7 del Real Decreto 1335/2005.

<sup>37</sup> BOE de 18 de octubre de 2003, núm. 250.

<sup>38</sup> Vid. LÓPEZ GANDÍA, J., *ob. cit.*, p. 7.

<sup>39</sup> Vid. ROMERO RODENAS, M.J.: *Planes de Igualdad*, Albacete, Bomarzo, 2017, pp. 163-164.

<sup>40</sup> En ese sentido, véase ÁLVAREZ CORTES, J.C.: «Situación social de los cuidadores no profesionales». En *Situaciones de dependencia: regulación actual y nuevas perspectivas* (CALVO ORTEGA, R. y GARCÍA CALVENTE, Y., Dirs.), Civitas, Cizur Menor, 2007, p. 440. Resulta expresiva DURÁN BERNARDINO, al señalar que «la condición de beneficiario indirecto del cuidador a cuya compensación económica va dirigida la prestación». La autora razona a tales efectos que «de no haber sido así se estaría lesionando la dignidad y autonomía de la persona dependiente al añadir a la dependencia personal una dependencia económica de su cuidador y al ir en contra de la tendencia actual a la individualización en el reconocimiento de los derechos sociales» (DURÁN BERNARDINO, M.: *La protección de las personas en situación de dependencia. Balance y perspectivas de su régimen jurídico-político*, Granada, Comares, 2015, p. 198).

por la Seguridad Social, pues en dicho caso no habrá que realizar cotización alguna<sup>41</sup>. Con todo, se echa en falta el reconocimiento expreso de una prestación directa a favor del cuidador informal<sup>42</sup>.

En cualquier caso, como se ha adelantado (*supra* II.2), la concesión de la prestación económica para cuidados en el entorno familiar y apoyo a cuidadores no profesionales que se contempla en los artículos 14.4 y 18 de la Ley 39/2006, y que se desarrolla en el Real Decreto 1051/2013, está sujeta al cumplimiento de una serie de requisitos o criterios por parte de los cuidadores familiares. Por ello, a continuación, se procederá a enumerar y comentar los mismos, de una forma ordenada. Pero, antes que nada, conviene recordar que los cuidadores familiares se caracterizan por su no profesionalidad, en tanto en cuanto no desempeñan un empleo cuando actúan en sus labores de atención y cuidado a las personas dependientes<sup>43</sup>. Aclarada esa circunstancia, de entrada, el artículo 14.4 de la Ley 39/2006 exige «que se den condiciones adecuadas de convivencia y de habitabilidad de la vivienda y así lo establezca su Programa Individual de Atención» (PIA).

Comenzando con el requisito de la convivencia, el artículo 12.2 del Real Decreto 1051/2013 establece que dicha convivencia entre la persona dependiente y su cuidador familiar debe existir «durante el periodo previo de un año a la fecha de presentación de la solicitud». Se entiende, además, que esa convivencia lleva aparejada la atención debida por el cuidador a la persona dependiente. Respecto a la habitabilidad de la vivienda, debe estarse a lo establecido por la Resolución de 4 de febrero de 2010, de la Secretaría General de Política Social y Consumo<sup>44</sup>. Así, al regular las condiciones de acceso a la prestación, bajo la rúbrica «condiciones adecuadas de habitabilidad de la vivienda», se dispone que «la prestación de cuidados en el domicilio precisa de unas condiciones mínimas de habitabilidad de la vivienda, entre las que se valorará la accesibilidad suficiente que permita el ejercicio de las funciones del cuidado personal» (cfr. apartado Segundo.4). Y en lo que se refiere al PIA, conforme a la mencionada Resolución de 4 de febrero de 2010, así como de acuerdo con lo regulado en el artículo 29 de la Ley 39/2006, debe tenerse en cuenta que los servicios sociales deben indicar en el mismo los servicios o prestaciones económicas que se consideren más adecuados a las necesidades de la persona dependiente. Es decir, los mismos deben tener como finalidad constituir un elemento clave y determinante de su bienestar (apartado Tercero.1). Ahora bien, en este punto, parece que debe encuadrarse el requisito fijado por el artículo 12.4.a) del Real Decreto 1051/2013, y que es clave para entender mejor el carácter excepcional de esta prestación económica. Se trata de que para el reconocimiento de dicha prestación, no ha de ser posible el reconocimiento de un servicio debido a la inexistencia de

<sup>41</sup> Téngase en cuenta que dicha prestación económica es compatible con algunas prestaciones económicas de comunidades autónomas [vid. ALEGRE NUENO, M. «Régimen de incompatibilidades». En *Promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia* (VIQUEIRA PÉREZ, C. y ALEGRE NUENO, M. Coords.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp.79-80.

<sup>42</sup> Cabría hablar en dichos supuestos de un «cuidado semiformal», se trataría del cuidado de personas dependientes por parte de familiares como cuidador registrado en un contexto de un sistema que proporcionara ayudas económicas por dicho cuidado. Se trataría de un trabajo informal legalmente regulado y formalizado, aunque no tendría el carácter de un empleo remunerado formal (FLAQUER, L., PFAU-EFINGER, B. y ARTIAGA LEIRAS, A., *ob. cit.*, p. 13). En ese sentido, el Dictamen del Comité Europeo de las Regiones, relativo a las conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores (DOUE de 8 de mayo de 2018, C-164), en su recomendación política 26ª «reconoce que la introducción de un permiso remunerado para la prestación de cuidados constituye una propuesta importante que permite legitimar y apoyar a las personas que se ocupan de forma espontánea e informal de familiares dependientes (...) en el marco de su compromiso en favor de una solidaridad intergeneracional en las familias». Para una perspectiva de derecho comparado, con especial referencia al Reino Unido, que avala una prestación directa a favor de los cuidadores informales véase BLÁZQUEZ AGUDO, E.M.: «Hacia una protección del cuidador informal-familiar de los dependientes». En *Trabajo: Revista andaluza de relaciones laborales*, 2006, núm. 18, pp. 164-167. Respecto a la tendencia de laboralizar, mediante un contrato especial de trabajo, la relación entre el dependiente acogido y el familiar acogedor, pero ahora asumiendo la posibilidad de que el familiar acogedor sea empleado por persona morales de Derecho público o de Derecho privado, véase MARTÍNEZ GIRÓN, J.: «Más razones de Derecho comparado para una reforma urgente del modelo español de protección social por dependencia. Sobre la nueva ley francesa de adaptación de la sociedad al envejecimiento». En *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2016, núm. 44, pp. 19-20.

<sup>43</sup> Argumentando en profundidad sobre esta cuestión, véase el apartado Tercero, 6.1 de la Resolución de 25 de julio de 2013, de la Secretaría de Estado de Servicios Sociales e Igualdad.

<sup>44</sup> BOE de 12 de marzo de 2010, núm. 62.

recursos públicos o privados acreditados. Y solo en dicho supuesto cobra sentido lo afirmado por la Resolución de 4 de febrero de 2010, en cuanto a que en la resolución por la que se reconoce la prestación se tomará en consideración las preferencias manifestadas durante el trámite de consulta por la persona dependiente y, en su caso, su familia o entidades tutelares que la representen, siempre que dichas preferencias se incardinan en la modalidad o en una de las modalidades de intervención más adecuadas a las necesidades de la persona en situación de dependencia (apartado Tercero.2). Pero, aun así, no cabe olvidar lo preceptuado por el artículo 29.1, *in fine*, de la Ley 39/2006, pues «la determinación de la prestación económica por cuidados en el entorno familiar corresponderá a la Administración competente, a propuesta de los servicios sociales». El carácter excepcional de esta ayuda vuelve a aflorar cuando dicha resolución dispone que «no se admitirá en el PIA que una persona que estuviera atendida en un servicio deje de hacerlo para poder percibir la prestación económica de cuidados en el entorno familiar» (apartado Tercero.3). En parecidos términos, el Real Decreto 1051/2013 establece que «en el caso de que la persona en situación de dependencia reconocida en grado I viniera recibiendo un servicio de los previstos para su grado de dependencia, en la resolución de concesión de prestaciones [económicas] se ha de mantener al menos el mismo servicio u otro servicio con la misma intensidad. En el supuesto de que dicho servicio sea incompatible con la prestación económica de cuidados en el entorno, no se concederá ésta». Pero esta última regla general también conoce una salvedad, según la cual «cuando existan razones que justifiquen la inadecuación de un servicio a las necesidades de la persona, o cambios en las condiciones personales y/o del entorno de esta, que así lo aconsejen, se podrá admitir un PIA o una modificación del mismo en la que se contemple la prestación económica de cuidados en el entorno familiar (apartado Tercero.3 de la Resolución de 4 de febrero de 2010).

Al margen de los requisitos hasta ahora señalados, también deben considerarse aquellos otros que se menciona expresamente en el artículo 12.4 del Real Decreto 1051/2013, y que se analizan a continuación:

(A) El cuidador familiar debe contar con la capacidad física, mental e intelectual suficiente para desarrollar adecuadamente por sí misma las funciones de atención y cuidado, así como que no tenga reconocida la situación de dependencia. Se trata del requisito de idoneidad de la persona cuidadora que se desarrolla en la Resolución de 4 de febrero de 2010 (cfr. apartado Segundo.2). De este modo, debe entenderse que las funciones de atención y cuidado se refieren, básicamente, a proporcionar ayuda a otra persona en las actividades básicas de la vida diaria; y debe recordarse que estas actividades son definidas por la Ley 39/2006 como «las tareas más elementales de la persona, que le permiten desenvolverse con un mínimo de autonomía e independencia, tales como el cuidado personal, las actividades domésticas básicas, la movilidad esencial, reconocer personas y objetos, orientarse, entender y ejecutar órdenes o tareas sencillas» (cfr. Artículo 2.3). Además, junto a la capacidad física, mental e intelectual suficiente, la persona cuidadora debe contar con tiempo de dedicación suficiente para atender a la persona dependiente en aquellas situaciones en que necesita ayuda para realizar las mencionadas actividades básicas de la vida diaria (cfr. Apartado Segundo.2).

(B) El cuidador familiar debe asumir formalmente los compromisos necesarios para la atención y cuidado de la persona en situación de dependencia. También respecto a este requisito resulta esclarecedora la Resolución de 4 de febrero de 2010, cuando se refiere a la persona cuidadora principal y otras personas cuidadoras (cfr. Segundo.3). Específicamente, se establece cómo «la concesión de la prestación de cuidados en el entorno familiar debe conllevar la designación de una persona cuidadora principal, que deberá asumir la responsabilidad del cuidado, aunque en el ejercicio de las funciones de cuidado pueda estar apoyada por otras personas». Pero además, se fija un criterio decisivo de cara al compromiso necesario para la atención y cuidado de la persona dependiente, ya que al considerar que «la continuidad en los cuidados prestados por una misma persona cuidadora redundan en la calidad de los mismos», se establece que «la persona cuidadora ha de tener disponibilidad para prestar el cuidado y atención de forma adecuada y continuada durante un periodo mínimo de 1 año, excepto que por circunstancias sobrevenidas e imprevisibles no pueda completar este periodo». Ahora bien, se reconoce, con carácter

excepcional, la posibilidad de que varias personas cuidadoras se sucedan de forma rotatoria, con cambio o no de domicilio de la persona dependiente, siempre que se determinen claramente los periodos de tiempo que correspondan a cada una de ellas dentro del período del año natural, sin que pueda establecerse para cada una de las mismas un período continuado inferior a tres meses.

(C) El cuidador familiar debe realizar las acciones formativas que se le propongan, siempre que sean compatibles con el cuidado de la personas en situación de dependencia.

(D) El cuidador familiar debe facilitar el acceso de los servicios sociales de las Administraciones públicas competentes, a la vivienda de la persona en situación de dependencia con el fin de comprobar el cumplimiento de los requisitos o variación de las circunstancias, previo consentimiento de la persona beneficiaria.

## 2. LA PROTECCIÓN OTORGADA POR LA SEGURIDAD SOCIAL MOTIVADA POR SER CUIDADOR FAMILIAR DE UNA PERSONA DEPENDIENTE

Para poder beneficiarse del estatus de cuidador familiar de una persona dependiente, el artículo 18.4 de la Ley 39/2006 exige que dicho cuidador debe ajustarse a las normas sobre afiliación, alta y cotización a la Seguridad Social que se determinen reglamentariamente. En la misma línea, la Disposición Adicional 4ª, bajo la rúbrica «Seguridad Social de los cuidadores no profesionales» establece que «reglamentariamente el Gobierno determinará la incorporación a la Seguridad Social de los cuidadores no profesionales en el Régimen que les corresponda, así como los requisitos y procedimiento de afiliación, alta y cotización». Pues bien, a tenor de lo indicado, resulta de aplicación el Real Decreto 615/2007, de 11 de mayo<sup>45</sup>.

De acuerdo con dicho real decreto, como regla general, y, en principio, los cuidadores familiares deberían incluirse obligatoriamente en el campo de aplicación del Régimen General de la Seguridad Social (RG) y en situación asimilada al alta, mediante la suscripción del convenio especial con la Seguridad Social que se regula al efecto, para lo cual no es preciso la acreditación de período de cotización previo (cfr. artículo 2.1). Sin embargo, a partir del Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio<sup>46</sup>, se establece que a partir del 15 de julio de 2012, el mencionado convenio especial «tendrá, para los cuidadores no profesionales, carácter voluntario y podrá ser suscrito entre el cuidador no profesional y la TGSS». Además, se dispone que las cotizaciones a la Seguridad Social por dicho convenio especial serán a cargo exclusivamente del suscriptor del mismo<sup>47</sup>. Por último, se matiza que estos convenios especiales surtirán efectos desde la fecha de la solicitud de suscripción de los mismos (cfr. Disposición Adicional 8ª).

Como regla general, y sin perjuicio de las particularidades que se comentan más adelante, no cabe suscribir esta modalidad de convenio especial en los supuestos en que el cuidador no profesional siga realizando o inicie una actividad profesional por la que deba quedar incluido en la Seguridad Social<sup>48</sup>; en los supuestos en que el cuidador se encuentre percibiendo la prestación de

<sup>45</sup> BOE de 12 de mayo de 2007, núm. 114.

<sup>46</sup> BOE de 14 de julio de 2012, núm. 168. En el mismo sentido, vid. Disposición Adicional 14ª del TRLGSS. El carácter voluntario del convenio especial queda reforzado igualmente con lo previsto en la Disposición Transitoria 13ª.

<sup>47</sup> Debe tenerse en cuenta que en virtud de la versión inicial del Real Decreto 614/2007, de 11 de mayo, (BOE de 12 de mayo de 2007, núm. 114), actualmente derogado, la Administración General del Estado, a través del IMSERSO, asumía las cotizaciones correspondientes a la Seguridad Social de los cuidadores no profesionales (cfr. artículo 2.4). En el mismo sentido, la versión inicial del Real Decreto 615/2007, señalaba, con algo más de detalle, que la cotización a la Seguridad Social, así como la correspondiente a las acciones formativas a que se refiere el artículo 18.4 de la Ley 39/2006, serían asumidas directamente por convenio con la TGSS por la Administración General del Estado (cfr. artículo 4.5). Para profundizar sobre estas particularidades respecto al sujeto obligado y responsable de la cotización véase FERNÁNDEZ ORRICO, F.J.: «Prestación económica para cuidados en el entorno familiar y Seguridad Social de cuidadores no profesionales». En *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, 2008, núm. 74, pp. 97-102.

<sup>48</sup> Ello no obstante, puede suscribir el convenio especial, cuando siga realizando o inicie una actividad profesional de corta duración o a tiempo parcial, siempre que la BC por dichas actividades sea inferior al tope mínimo de cotización establecido para el RG. En ese caso, la base de convenio se reduce en el mismo importe que la BC como trabajador. También puede suscribir el convenio especial cuando esté percibiendo la prestación por desempleo a tiempo parcial y

desempleo, o cuando tenga la condición de pensionista de jubilación o de incapacidad permanente o, de tratarse de pensionista de viudedad o en favor de familiares, cuando tenga 65 o más años<sup>49</sup>; y por los períodos en que el cuidador esté disfrutando de los periodos de excedencia laboral en razón de cuidado de familiares, que tengan la consideración de periodos de cotización efectiva (cfr. artículo 2 del Real Decreto 615/2007).

En cuanto a la cotización que, a partir del 1 de enero de 2013, es siempre a cuenta del cuidador familiar, la regla general es que la base mensual de la misma se corresponda con el tope mínimo que, en cada momento, esté establecido en el RG de la Seguridad Social (cfr. artículo 4.1).

Entrando en el ámbito de las particularidades, en los casos en que los cuidados a la persona dependiente no alcancen la dedicación completa, la base BC indicada se reduce proporcionalmente, sin que la BC pueda ser inferior al 50 % del tope mínimo establecido en el RG. Igualmente, cuando la persona dependiente tenga reconocido el grado I, dependencia moderada, en todo caso debe entenderse que, dadas las características de la atención prestada por estos cuidadores, la BC mensual será el 50 % del tope mínimo establecido en el RG (cfr. artículo 4.1). Además en estos dos supuestos, debe tenerse en cuenta que para el acceso y cálculo de las correspondientes prestaciones económicas se aplican las reglas previstas en los casos de contratación a tiempo parcial (cfr. Disposición Adicional 1ª).

También debe tenerse en cuenta que cuando el cuidador interrumpe una actividad por cuenta ajena o por cuenta propia, por la que hubiera estado incluido en el Sistema de Seguridad Social, a fin de dedicarse a la atención de la persona dependiente, puede mantener la BC del último ejercicio en dicha actividad, siempre que resulte superior al tope mínimo del RG (cfr. artículo 4.2). Es decir, esta BC, siempre que resulte superior al tope mínimo del RG, subsumiría la BC prevista como regla general para esta modalidad de convenio especial, que es precisamente ese tope mínimo.

En cambio, cuando, como consecuencia de la realización de los cuidados, el cuidador debe reducir su jornada de trabajo y la correspondiente retribución, en los términos previstos en la legislación laboral o de función pública que sea de aplicación, el convenio especial tiene por función mantener la BC por la que venía cotizando dicho cuidador (cfr. artículo 2.4). De esta forma, en principio, resultan compatibles la BC anterior y la BC prevista como regla general para esta modalidad de convenios especial, en la medida que esta segunda BC pretende compensar la minoración de la BC anterior, que se produce como consecuencia de la reducción de jornada y retribución. Ahora bien, la suma de ambas no puede ser superior a la BC por la que el cuidador venía cotizando antes de reducir la jornada y la correspondiente retribución. Así, de superarse dicho límite, debe procederse a reducir la BC aplicable al convenio especial (cfr. artículo 2.4). Además, si la reducción de jornada está motivada por asunto familiar a la que resulta de aplicación el beneficio por el que se computan durante un tiempo las BBCC incrementadas hasta el 100 % de la cuantía que hubiera correspondido si se hubiera mantenido sin dicha reducción la jornada de trabajo (*supra* III.1), el convenio especial solamente se podrá suscribir cuando termine el tiempo de aplicación de dicho beneficio<sup>50</sup>.

Y en los casos en que el cuidador familiar, con anterioridad a la prestación de los correspondientes cuidados en beneficio de la persona dependiente, hubiese suscrito un convenio especial con la Seguridad Social (*supra* III.2), procederá la extinción de dicho convenio y la suscripción del convenio especial que trae causa de la prestación económica para cuidados en el entorno familiar y apoyo a cuidadores no profesionales, sin perjuicio del mantenimiento de la BC

la BC sea inferior al tope mínimo de cotización (TGSS, 14 de julio de 2009) (BENAVIDEZ VICO, A.: *Guía del Experto en Seguridad Social (I)*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017, p. 231).

<sup>49</sup> La exclusión se aplica también a los beneficiarios de pensión no contributiva, o de Seguridad Social extranjera, ya que no se distingue entre prestaciones contributivas o no contributivas, ni se señala que la pensión tenga que estar reconocida por la Seguridad Social española (TGSS, 27 de julio de 2011). Y por excepción, el beneficiario puede suscribir este convenio especial cuando esté percibiendo la prestación de desempleo a tiempo parcial y la BC sea inferior al tope mínimo de cotización (TGSS, 14 de julio de 2009) (BENAVIDES VICO, A., *ob. cit.*, p. 232).

<sup>50</sup> BENAVIDES VICO, A., *ob. cit.*, p. 231.

anterior (cfr. artículo 2.5). Es decir, pese al silencio de la ley, en este supuesto también parece que la BC anterior, siempre que resulte superior al tope mínimo del RG, subsumiría la BC prevista como regla general para esta modalidad de convenio especial, que es precisamente ese tope mínimo.

Delimitada, según lo que proceda, la correspondiente BC, a esta se le aplicará el tipo de cotización vigente en el RG<sup>51</sup>. Y el importe resultante se reducirá mediante la aplicación del coeficiente que determine Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social<sup>52</sup>. El resultado será la cuota a ingresar (cfr. artículo 4.3). Ahora bien, cabe señalar que también se debe realizarse una cotización adicional por formación profesional, a efectos de la financiación de las acciones formativas previstas en el artículo 18.4 de la Ley 39/2006, en una cuantía aplicable al 0,20 % aplicable a la BC que proceda (cfr. artículo 4.4, en relación con artículo 22.1.h de la Orden ESS/55/2018).

Por último, en cuanto a la acción protectora, la situación de asimilación al alta que supone la suscripción de este convenio especial opera a los efectos de las prestaciones de jubilación y de incapacidad permanente y muerte y supervivencia, derivadas de accidente, cualquiera que sea su carácter, o de enfermedad, con independencia de su naturaleza (cfr. artículo 3).

### 3. LA PROTECCIÓN OTORGADA POR LA SEGURIDAD SOCIAL AL MARGEN DE LA DEPENDENCIA

Al margen de la protección otorgada por la Seguridad Social motivada por ser cuidador familiar de una persona dependiente, objeto de análisis en el apartado anterior, quienes cuidan de sus familiares mayores, enfermos o discapacitados, pueden valerse de determinadas medidas protectoras contempladas, igualmente, por la Seguridad Social. Por ello, en este apartado se analizarán tales medidas, así como la posible compatibilidad de las mismas con la prestación económica para cuidados en el entorno familiar y apoyo a cuidadores no profesionales.

(A) En primer lugar, la Seguridad Social contempla la contingencia relativa al cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave (cfr. Capítulo X del Título II del TRLGSS y Real Decreto 1148/2011, de 29 de julio<sup>53</sup>). Se trata de una contingencia que viene a cubrir la carencia protectora que existe en el SAAD respecto a los menores de tres años (*supra* II.1), y que se extiende, además, más allá, hasta los 18 años. La situación protegida es la reducción de la jornada de trabajo de al menos de un 50 %, y, por tanto, de salario, que, de acuerdo con lo previsto en el artículo 37.6 del TRLET, lleven a cabo los beneficiarios, a saber, los progenitores, adoptantes, guardadores con fines de adopción o acogedores de carácter permanente, cuando ambos trabajen<sup>54</sup>, para el cuidado directo, continuo y permanente del menor a su cargo afectado por cáncer o por cualquier otra enfermedad grave de las determinadas por el Real Decreto 1148/2011 que requiera ingreso hospitalario de larga duración, durante el tiempo de hospitalización y tratamiento continuado de la enfermedad<sup>55</sup>. Cumplidos los requisitos exigidos, los beneficiarios tienen derecho a una prestación económica, que consiste en un subsidio equivalente al 100 % de la Base Reguladora establecida para la prestación de incapacidad temporal derivada de contingencias profesionales, en proporción a la reducción que experimente la jornada de trabajo. Pero aunque la

<sup>51</sup> Cfr. el artículo 7.1 de la Orden TAS/2865/2003, de 13 de octubre. Actualmente, dicho tipo único de cotización es el 28,30 % [cfr. artículo 4.a) de la Orden ESS/55/2018, de 26 de enero (BOE de 29 de enero de 2018, núm. 26).

<sup>52</sup> Por ejemplo, durante el año 2018 se aplica el 0,77 (véase el artículo 22.1.h de la Orden ESS/55/2018).

<sup>53</sup> BOE de 30 de julio de 2011, núm. 182.

<sup>54</sup> También deben considerarse beneficiarios los trabajadores autónomos (cfr. artículo 2.5 del Real Decreto 1148/2011). En el caso de los funcionarios públicos hay que estar a las particularidades contempladas en el artículo 49.e) del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre (BOE de 31 de octubre de 2015, núm. 261).

<sup>55</sup> Igualmente, se considera como ingreso hospitalario de larga duración la continuación del tratamiento médico o el cuidado del menor en domicilio tras el diagnóstico y hospitalización por la enfermedad grave (cfr. artículo 2.1 del Real Decreto 1148/2011). La posterior escolarización en un centro especial no es causa de extinción de la prestación que se concede por esta contingencia, siempre que el menor siga recibiendo el tratamiento o cuidado mencionado (STS 4ª, de 28 de junio de 2016, núm. rec. ud. 80/2015, F.D. 3ª).

reducción de jornada prevista en el artículo 37.6 del TRLET puede valerse por ambos progenitores, adoptantes, guardadores con fines de adopción o acogedores de carácter permanente, siempre que ambos sean trabajadores, la prestación económica aludida solamente podrá ser reconocida a uno de ellos<sup>56</sup>. Ahora bien, dentro del juego de las compatibilidades e incompatibilidades entre prestaciones, cabe la posibilidad de que el otro que inicialmente no accedió a la prestación, pudiendo haberlo hecho, lo haga, posteriormente, como consecuencia de pasar el primero a la situación de incapacidad temporal o período de descanso obligatorio de maternidad por nacimiento de nuevo hijo. Igualmente, el paso a la situación de desempleo de uno de ellos, siempre y cuando no tenga derecho a otra reducción de jornada y a la prestación, por encontrarse en situación de pluriempleo o pluriactividad, también posibilita al otro acceder a la prestación. Por su parte, siempre y cuando la incapacidad permanente resulte compatibles con el trabajo, y opere la reducción de la jornada para con el trabajo que se continúe realizando, legalmente será posible mantener la compatibilidad con la prestación<sup>57</sup>. Otro tanto puede decirse, respecto a la viudedad, la orfandad y la jubilación.

(B) En segundo lugar, la Seguridad Social prevé, para el trabajador calificado como gran invalido, como consecuencia de la materialización de la contingencia contributiva de incapacidad permanente, un complemento destinado a que este pueda remunerar a la persona que le atienda. El importe de dicho complemento será equivalente al resultado de sumar el 45 % de la base mínima de cotización vigente en el momento del hecho causante y el 30 % de la última BC del trabajador correspondiente al riesgo del que derive la situación de incapacidad permanente. Pero dicho complemento en ningún caso puede tener un importe inferior al 45 % de la pensión percibida sin el complemento por el trabajador (cfr. artículo 196.4 del TRLGSS). Por su parte, a los beneficiarios de la pensión de invalidez no contributiva se les reconoce el derecho a un complemento equivalente al 50 % de la pensión, cuando estén afectados por una discapacidad o enfermedad crónica en un grado igual o superior al 75 % y que, como consecuencia de pérdidas anatómicas o funcionales, necesiten el concurso de otra persona para realizar los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse, desplazarse, comer o análogos (cfr. artículo 364.6 del TRLGSS). En ambos casos, el complemento tiene por objetivo cubrir la falta de autonomía, «ya que en estos casos la razón que justifica la actuación del Sistema es el hacer efectivo el coste de la atención y asistencia del inválido en su vida diaria, bien por personas de su propio entorno, o por servicios privados»<sup>58</sup>. Por otro lado, no parece que la referencia a la remuneración del cuidador que se hace en el primer caso, como destino del complemento, y la ausencia de dicha referencia en el segundo caso, deban entenderse como dos situaciones dispares. Precisamente, la finalidad específica de dicho complemento hace que no tenga naturaleza de pensión, sino de prestación asistencial<sup>59</sup>; es más, en ningún caso tiene naturaleza salarial, pese a ser contraprestación de unos servicios<sup>60</sup>; y, claro está, mucho menos cuando el cuidador es un familiar, donde resulta cierta la presunción de no laboralidad del artículo 1.3.e) del TRLET. En cualquier caso, se debe subrayar el

<sup>56</sup> En ese sentido, y en coherencia con lo establecido en el artículo 4.3 del Real Decreto 1148/2011, véase MELLA MÉNDEZ, L.: «El cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad graves: análisis crítico de la regulación laboral y de Seguridad Social». En *Relaciones Laborales*, 2013, núm. 1 (LA LEY 19462/2012). Esta autora matiza que la limitación de la prestación económica a uno solo de los trabajadores resulta de aplicación «aun cuando se cuiden varios menores enfermos» (vid. p. 5). Véase también BLASCO LAHOZ, J.F.: «La prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave y su interpretación judicial». En *Trabajo y Derecho*, 2015, núm. 9, (LA LEY 5251/2015).

<sup>57</sup> No será el caso de la gran invalidez, puesto que «la capacidad residual del inválido puede condicionar sobremanera, si no impedir, hacerse cargo de un menor afectado por una enfermedad grave al objeto de dispensarle el cuidado directo, continuo y permanente que necesita» (GÁLVEZ, CALLEJÓN, J.: *La prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave*, Aranzadi, Cizur Menor, 2016, p. 220).

<sup>58</sup> MORGADO PANADERO, P.: «Presente y futuro de las situaciones de dependencia en la Seguridad Social». En *Cuestiones sobre la dependencia* (GARCÍA TRASCASAS, A. y REGUERO CELADA, J., Coords.), Comares, Granada, 2007, pp. 179-180.

<sup>59</sup> Véase la STS 4ª, de 21 de febrero de 2018, núm. rec. ud. 1498/2018, F.D. 3º).

<sup>60</sup> MALDONADO MOLINA, J.A.: *El seguro de dependencia. Presente y proyecciones de futuro*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, pp. 33-34.



carácter universal de la segunda, siempre y cuando se cumplan los requisitos fijados por el artículo 363 del TRLGSS, frente al carácter estrictamente contributivo de la primera<sup>61</sup>.

(C) Entre las prestaciones no contributivas, la Seguridad Social, al regular las prestaciones familiares, contempla una asignación por hijo o menor a cargo con una discapacidad igual o superior al 33 %, una asignación por hijo a cargo mayor de 18 años con un grado de discapacidad igual o superior al 65 % y una asignación por hijo a cargo mayor de 18 años<sup>62</sup>, con un grado de discapacidad igual o superior al 75 % y que, como consecuencia de pérdidas anatómicas o funcionales, necesite el concurso de otra persona para realizar los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse, desplazarse, comer o análogos (cfr. artículo 353.2.c del TRLGSS). A diferencia de la pensión de invalidez no contributiva, para estas asignaciones no se establece como condición la insuficiencia de recursos económicos del beneficiario.

(D) Mención especial merece, como fuente de ingresos indirecta de los cuidadores familiares, la posibilidad que tienen, cuando se encuentren en situación de legal de desempleo, de cobrar la prestación por desempleo contributiva o, en su caso, por no haber cubierto el período mínimo de cotización, el subsidio por desempleo asistencial. Además, una vez agotada la prestación por desempleo contributiva, cabe la posibilidad, en su caso, de pasar a cobrar el subsidio por desempleo asistencial (cfr. artículo 274, apartados 1, 3 y 4, del TRLGSS).

(E) Se reconoce por la Seguridad Social una pensión por muerte en favor de familiares, en concreto, en la modalidad en que se concede la protección a los hijos o hermanos de beneficiarios de pensiones contributivas de jubilación en incapacidad permanente fallecidos, en los términos del artículo 226.2 del TRLGSS. Su importancia radica en que hay personas que tras dedicarse muchos años al cuidado de sus familiares, al fallecer estos, de quienes dependían económicamente, precisan de una ayuda económica para subsistir. Cabe señalar que ante la posibilidad de que tales hijos o hermanos estuvieran cobrando la prestación o el subsidio por desempleo, deberán optar entre estas y la pensión por muerte de familiares, en virtud de la incompatibilidad que opera *ex* artículo 282.2 del TRLGSS<sup>63</sup>.

(F) Por último, en cuanto a la posible compatibilidad de las medidas protectoras arriba analizadas con la prestación económica para cuidados en el entorno familiar y apoyo a cuidadores no profesionales, deben deducirse de dicha prestación económica, por presentar análoga naturaleza y finalidad, el complemento de gran invalidez, tanto en la rama contributiva como no contributiva, y el complemento de asignación económica por hijo a cargo mayor de 18 años con un grado de discapacidad igual o superior al 75 % (cfr. artículo 31 de la Ley 39/2006 y artículo 14 del Real Decreto 1051/2013). Sin embargo, para determinar la carencia de rentas o ingresos, como requisito para poder acceder a la pensión de invalidez no contributiva, y al complemento

<sup>61</sup> Respecto al complemento en la rama contributiva del Sistema se han planteado una serie de problemas, entre los que destacan los siguientes: quedan excluidos quienes han cesado en su actividad laboral, entre ellos aquellos pensionistas, de jubilación o de incapacidad permanente parcial, total o absoluta, que padecen situaciones de dependencia con posterioridad al cese en la actividad laboral cuya causa se encuentra en situaciones laborales anteriores (v.gr. enfermedades profesionales de aparición tardía); cuando la pensión de incapacidad permanente muta en pensión de jubilación, se pierde el complemento [vid. ALONSO SECO, J.M.: «Integración de la atención a la dependencia en los sistemas públicos de protección social». In *Dependencia y Servicios Sociales* (ALEMÁN BRACHO, C., ALONSO SECO, J.M. y FERNÁNDEZ SANTIAGO, P., Coords.), Aranzadi, Cizur Menor, 2013, 2ª edición, pp. 145-146]. Por su parte, respecto al complemento en la rama no contributiva se critica, por una parte, el bajo nivel de rentas que condiciona el acceso a la prestación (umbral de pobreza), que deja fuera de cobertura a amplias capas de clases medias que superan el límite de rentas requerido, aunque sin alcanzar el nivel requerido para cubrir el coste de cuidados necesarios; y, por otra parte, la insuficiencia de su cuantía en orden a su finalidad de compensación económica de esta tercera persona: cuidador informal o formal [GONZÁLEZ DE PATTO, R.M.: «Protección de la dependencia en el Sistema de Seguridad Social. Carencias funcionales y problemas de interacción con las nuevas prestaciones del Sistema de Autonomía y atención a la dependencia». En *Actualidad Laboral*, 2007, núm. 14 (LA LEY 2385/2007), p. 4].

<sup>62</sup> Ahora bien, dicho hijo no podrá tener la condición de pensionista de invalidez o jubilación en la modalidad no contributiva [cfr. artículo 30.3 del Real Decreto 1335/2005, de 11 de noviembre (BOE de 22 de noviembre de 2005, núm. 279)].

<sup>63</sup> Vid. BLÁZQUEZ AGUDO, E.M.: «La compatibilidad de protecciones concedidas a los cuidadores de familiares al fallecimiento del dependiente». En *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, 2010, núm. 78 (BIB 2010\240).

anteriormente referido que puede dar lugar el mismo, no deben computarse las prestaciones económicas y en especie otorgadas en aplicación de la Ley 39/2006<sup>64</sup>.

#### 4. PREVISIÓN SOCIAL COMPLEMENTARIA

La previsión social complementaria de carácter voluntario, en la medida en que queda fuera de los regímenes públicos de protección social (cfr. artículo 31 de la Ley 39/2006), resulta siempre compatible con la prestación económica para cuidados en el entorno familiar y apoyo a cuidadores no profesionales. De ahí el enorme interés que suscita su fomento. No obstante, el principal problema radica en que debe darse con las técnicas de previsión social complementaria de carácter voluntario que puedan articular debidamente la protección a los cuidadores familiares. En ese sentido, es posible que las empresas, vía negociación colectiva, establezcan un fondo a efectos de contratar un seguro de vida a nombre del personal activo o pensionista de la misma, que tenga a cargo un familiar dependiente<sup>65</sup>. Pero sin duda, merece especial mención la ingeniosa fórmula ideada por la Diputación Foral de Bizkaia, que, a partir del 1 de enero de 2019, pretende valerse de las Entidades de Previsión Social Voluntaria (EPSV)<sup>66</sup>. En concreto, se trata de instrumentar una EPSV de empleo para los cuidadores familiares. A pesar de no existir un vínculo profesional entre dichos cuidadores y sus familiares, se considera que es posible realizar una interpretación extensiva de lo señalado por la ley, en el sentido de que esta modalidad de EPSV puede ser promovida por un único promotor, público o privado, o conjuntamente cuando varios promotores insten la constitución de la EPSV, admitiéndose la existencia de diferentes planes para distintos colectivos (cfr. artículo 7.b.2). Además, en la misma línea, se prevé que en un plan de previsión social de empleo pueden integrarse diversos socios protectores y su colectivo (cfr. artículo 9.a.2). Por su parte, el cuidado a familiares, como tal, puede considerarse contingencia protegible por las EPSV, ya que la ley contempla entre las contingencias a proteger la fórmula abierta de «otras similares relacionadas con la previsión social» (cfr. artículo 24.2). En cuanto se refiere a la dinámica de esta EPSV, se prevé que la misma funcione de la siguiente manera: la Diputación Foral de Bizkaia realizará una aportación a favor de la persona cuidadora en el entorno familiar, que será de 15 euros mensuales para las personas cuidadoras de personas con dependencia reconocida de Grado I, y de 20 euros mensuales para las personas con dependencia de Grado II o III. Pero dichas aportaciones estarán condicionadas a la aportación de la misma cuantía por la persona cuidadora, que se podrá acreditar o autorizar a realizar mediante la retención de la prestación económica para cuidados en el entorno familiar de un importe equivalente a la cantidad comprometida por la Diputación. Con otras palabras, se prevé conceder con carácter opcional una prestación económica para cuidados en el entorno familiar de mayor cuantía que la habitual, siempre que el familiar cuidado que la recibe se comprometa a realizar, a nombre su cuidador familiar, la aportación pertinente a la EPSV de cuidadores.

#### V. CONCLUSIONES

**Primera.** El actual ordenamiento jurídico español no garantiza suficientemente el derecho de las personas dependientes a ser cuidadas por sus propios familiares, en contra de la tendencia marcada por el Consejo de Europa. **Segunda.** La principal carencia radica en la ausencia de una

<sup>64</sup> Cfr. artículo 12.2 del Real Decreto 357/1991, de 15 de marzo (BOE de 21 de marzo de 1991, núm. 69). Al respecto, vid. LUJÁN ALCARÁZ, J., RODRÍGUEZ INIESTA, G. y FERNÁNDEZ ORRICO, F.J.: «El sistema integral de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia. Las prestaciones». En *Comentario Sistemático a la Ley de Dependencia* (SEMPERE NAVARRO, A.V., Dir.), Aranzadi, Cizur Menor, 2008, pp. 298-299.

<sup>65</sup> Vid. artículo 35 del Convenio colectivo de Pirelli Neumáticos, S.A. (BOE de 9 de diciembre de 2011, núm. 296).

<sup>66</sup> Vid. [http://web.bizkaia.eus/es/web/area-de-prensa/noticias/-/news/detailView/18708?\\_News\\_redirect=%2Fes%2Faccion-social](http://web.bizkaia.eus/es/web/area-de-prensa/noticias/-/news/detailView/18708?_News_redirect=%2Fes%2Faccion-social) (última consulta: 29 de julio de 2018). Cabe recordar que las EPSV son aquellas instituciones que, sin ánimo de lucro, realizan una actividad previsora dirigida al otorgamiento de la correspondiente cobertura, en favor de sus socios ordinarios y personas beneficiarias, para las contingencias establecidas en la ley que las regula, es decir, la Ley 5/2012, de 23 de febrero (BOPV de 12 de abril de 2012, núm. 72).

prestación económica directa y suficiente de carácter público a favor de los cuidadores familiares. **Tercera.** El actual estatuto jurídico protector de los cuidadores familiares resulta demasiado disperso, falta de coordinación y con importantes disfuncionalidades. **Cuarta** El reconocimiento de una prestación económica directa y suficiente de carácter público a los cuidadores familiares permitiría también su protección social directa, a través de su encuadramiento obligatorio en la Seguridad Social y de la posibilidad de utilizar también la previsión social complementaria. **Quinta.** Dicho reconocimiento posibilita un alivio para las medidas laborales de conciliación y suprimir prestaciones, complementos y asignaciones reguladas por la Seguridad Social de manera insuficiente a los efectos de proteger a los cuidadores familiares, ahorrando así su coste.



## CAPÍTULO VIII. LA PROTECCIÓN DE LAS UNIDADES FAMILIARES EN PORTUGAL

MÁRIO SILVEIRO DE BARROS

*Doctor Internacional en Derecho*

*Abogado*

### I. LA DUALIDAD DE LAS FUENTES REGULADORAS DEL TEMA

En cuanto que norma estructuradora, la Constitución de la República Portuguesa afirma que «la familia, como elemento fundamental de la sociedad, tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado, y a hacer efectivas todas las condiciones que permitan la realización personal de sus miembros»<sup>1</sup>, resultando que en materia de Seguridad Social dicha norma fundamental establece que el sistema de seguridad social protege a los ciudadanos, entre otras contingencias, en la «viudedad y orfandad»<sup>2</sup>, y en paralelo, en el ámbito de los derechos de los trabajadores, prevé que estos «tienen derecho a la asistencia y reparación justa, en cuando que víctimas de accidente de trabajo o de enfermedad profesional»<sup>3</sup>. Tomando como base estas normas, la Ley núm. 4/2007, de 16 enero, que aprueba las bases generales del sistema de seguridad social –Ley de algún modo equivalente a la Ley General española de la Seguridad Social de 2015–, en el ámbito de lo que puede llamarse segundo pilar de seguridad social o «sistema previsional»<sup>4</sup>, que se corresponde con un sistema contributivo, indica expresamente que la protección social integrada en dicho sistema protege a los beneficiarios ante la eventualidad de la «muerte», pero también protege en las situaciones de «accidentes de trabajo y enfermedades profesionales», que son situaciones que pueden causar potencialmente la muerte del trabajador<sup>5</sup>. La protección legal de estas contingencias –o, por emplear la expresión legal portuguesa, de estas «eventualidades»– se lleva a cabo por dos normas distintas, que refuerzan esta dualidad o separación de regímenes, según que el fallecimiento derive de riesgos comunes o de riesgos profesionales. Por un lado, el Decreto-ley núm. 322/90, de 18 octubre, que establece la protección en caso de muerte de los beneficiarios del régimen general de seguridad social, o sea, cuando dicha contingencia la originan riesgos comunes, ocurriendo que dicha norma es incluso anterior a la citada Ley núm. 4/2007, habiendo sido aprobada al amparo de la primera Ley de bases del sistema de seguridad social, aprobada tras la Constitución de 1976. Por otro lado, la Ley núm. 98/2009, de 4 septiembre, que regula el régimen de reparación de accidentes de trabajo y de enfermedades profesionales, en desarrollo del artículo 284 del Código del Trabajo, aprobado por la Ley núm. 7/2009, de 12 febrero, que contiene previsiones y prestaciones para las situaciones de muerte del trabajador, si

<sup>1</sup> Artículo 67 de la Constitución de la República Portuguesa, aprobada por el Decreto de 10 abril 1976, que puede ser consultada, al igual que el resto de legislación portuguesa, en el sitio de internet [www.dre.pt](http://www.dre.pt).

<sup>2</sup> Cfr. artículo 63, núm. 3.

<sup>3</sup> Artículo 59, núm 1, letra f). Sobre estos preceptos constitucionales, véase MIRANDA, J. y MEDEIROS, R., *Constituição portuguesa anotada. Tomo I*, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, pp. 593 y ss., 631 y ss. y 687 y ss.; y GOMES CANOTILHO, J.J. y MOREIRA, V., *Constituição da República Portuguesa Anotada. Vol. I*, 4ª ed., Coimbra, Coimbra Editora, 2007, pp. 767 y ss., 811 y ss. y 854 y ss.

<sup>4</sup> Resulta del artículo 23 de la referida Ley núm. 4/2007 que el sistema de seguridad social está organizado en tres pilares o –en la nomenclatura de la ley– tres «sistemas», a saber: 1) el «sistema de protección social de ciudadanía», comparable en España a la seguridad social no contributiva; 2) el «sistema previsional», comparable a la seguridad social contributiva; y 3) el «sistema complementario», correspondiente a la seguridad social complementaria. Sobre esta Ley portuguesa, con anotaciones, véase CONCEIÇÃO, A.J.B., *Legislação da Segurança Social*, 6ª ed., Coimbra, Almedina, 2015, pp. 37 y ss.; CONCEIÇÃO, A.J.B., *Segurança Social*, 9ª ed., Coimbra, Almedina, 2014, pp. 53 y ss., y 273 y ss.

<sup>5</sup> Sobre esta previsión, véase artículo 52, núm. 1, letras d) y g).

derivada de riesgos profesionales. Se trata de normas distintas que establecen responsabilidades y regímenes diferenciados, para la protección social de las unidades familiares en situaciones de muerte, según que el fallecimiento tenga origen en un riesgo común o profesional.

## II. LA PROTECCIÓN DE LAS UNIDADES FAMILIARES DERIVADA DE RIESGOS COMUNES

La protección de las unidades familiares en las situaciones de muerte en el ámbito del régimen contributivo, según el citado Decreto-ley núm. 322/90<sup>6</sup>, se realiza por medio de la asignación de dos tipos de prestaciones pecuniarias: 1) el denominado «subsidio por muerte», que constituye una prestación económica única, destinada a «compensar el incremento de las cargas derivadas de la muerte del beneficiario, con la finalidad de facilitar la reorganización de la vida familiar»<sup>7</sup>; y 2) la segunda llamada «pensión de supervivencia», que constituye la principal de las prestaciones para la protección de dicha contingencia, siendo una prestación de pago continuado en el tiempo, que tiene por objetivo «compensar a los familiares del beneficiario por la pérdida de los rendimientos de trabajo provocada por la muerte del mismo»<sup>8</sup>. El otorgamiento de estas prestaciones a los respectivos beneficiarios depende del cumplimiento de un conjunto de requisitos generales y especiales para cada una de tales prestaciones sociales, resultando que en ambas el sujeto causante de la prestación (o sea, el fallecido) tendrá que ser beneficiario del régimen general de seguridad social, esto es, típicamente pero no exclusivamente, por ejemplo, un trabajador, pensionista o beneficiario del subsidio de desempleo. Además, en lo que concierne a dicho sujeto causante (recuérdese, el fallecido), dicha Ley exige el cumplimiento de requisitos distintos, según el tipo de prestación social en cuestión, pues en relación con el subsidio por muerte no se exige el cumplimiento de ningún plazo de garantía (o período previo de cotización, en su equivalente español), mientras que para el reconocimiento del derecho a la pensión de supervivencia sí se exige un plazo de garantía de 36 meses de registro de cotizaciones del fallecido. En relación con los titulares de dichas prestaciones, o sea, típicamente, los miembros de la unidad familiar potencialmente beneficiarios de las mismas, el Decreto-ley núm. 322/90 reconoce ese derecho a los siguientes familiares, recurriendo a una noción ampliada de familia: 1) el cónyuge, que en caso de no existir hijos del matrimonio, sólo tendrá derecho a dichas prestaciones si se hubiese casado con el fallecido por lo menos un año antes del fallecimiento, salvo si la muerte se derivase de accidente o enfermedad manifestada o contraída después del matrimonio<sup>9</sup>; 2) los ex-cónyuges, si en la fecha de muerte del beneficiario recibían pensión de alimentos decretada u homologada por el tribunal<sup>10</sup>; 3) el compañero unido de hecho con el fallecido, cuya unión de hecho deberá probarse de conformidad con la Ley que protege las uniones de hecho, que es la Ley núm. 7/2001, de 11 mayo<sup>11</sup>; 4) los descendientes del fallecido, o sea, hijos, incluidos los adoptivos, siempre —en el caso de los descendientes— que los mismos tengan una edad inferior a 18 años o, si tienen una edad superior, con el límite de 27 años si no ejercen actividad determinante de encuadramiento en

<sup>6</sup> Sobre la protección de la familia por muerte del beneficiario en la seguridad social, véase CONCEIÇÃO, A.J.B., *Legislação da Segurança Social*, 6ª ed., cit., pp. 450 y ss.; y CONCEIÇÃO, A.J.B., *Segurança Social*, 9ª ed., cit., pp. 338 y ss.

<sup>7</sup> Artículo 4, núm. 2. Véanse también artículos 3 y 5. Debe tenerse en consideración que existe una prestación social denominada «subsidio de funeral», dentro del régimen no contributivo, o «sistema de protección social de ciudadanía», que sólo se abona si los beneficiarios no tuviesen derecho a este subsidio por muerte.

<sup>8</sup> Artículo 4, núm. 1. En relación con la modalidad y naturaleza de esta prestación, véanse también artículos 3 y 5.

<sup>9</sup> Cfr. artículo 7, núm. 1, letra a), y artículo 9.

<sup>10</sup> Cfr. artículo 7, núm. 1, letra a), y artículo 11, habiendo decidido el Supremo Tribunal Administrativo, en Sentencia de 9 mayo 2012 (Ponente Fernanda Xavier, proceso núm. 0468/11, disponible en [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)), que para tener derecho a la pensión de supervivencia basta que exista necesidad de alimentos del ex-cónyuge judicialmente reconocida, y que se mantenga a la fecha de la muerte del beneficiario de la seguridad social, independientemente de su percepción efectiva por el deudor fallecido. En efecto, entente este Supremo Tribunal que la pensión de supervivencia no puede, por su propia naturaleza de prestación social, y por la cualidad del prestador (el Estado), quedar dependiente de la voluntad o de la posibilidad de deudor de alimentos el cumplimiento de su obligación respecto del alimentado, pues si no, el derecho a la pensión social quedaría absolutamente dependiente de un factor completamente aleatorio.

<sup>11</sup> Cfr. artículo 8.

alguno de los regímenes de protección social y cursasen, de acuerdo con su edad, cierto nivel de estudios, o sin límite de edad si se tratase de descendiente discapacitado que sea destinatario de prestaciones familiares<sup>12</sup>; 5) los otros descendientes del fallecido más allá del primer grado –como los nietos–, además de los requisitos exigidos para los parientes de primer grado, sólo tendrán derecho a tales prestaciones si tuviesen derecho al «abono de familia» otorgado por el beneficiario fallecido<sup>13</sup>; 6) los hijastros del fallecido, que sean menores de edad y estuviesen a cargo del fallecido, o sea, si este último estuviese obligado a prestación de alimentos a tales hijastros, en los términos del artículo 2009, núm. 1, letra f), del Código Civil<sup>14</sup>; 7) los ascendientes del fallecido, si estuviesen a cargo del beneficiario fallecido y no existan cónyuges, ex-cónyuges y descendientes con derecho a las mismas prestaciones<sup>15</sup>; 8) en fin, exclusivamente en lo que respecta al subsidio por muerte, se prevé la posibilidad de que tengan derecho a dicha prestación, con carácter subsidiario –o sea, sólo en caso de falta de las personas anteriormente referidas o en el de no cumplimiento de las condiciones exigidas a tales personas– los otros parientes, afines o equiparados en línea recta y hasta el tercer grado de la línea colateral, incluyendo los adoptados y los adoptantes, siempre que estén en situación de dependencia económica del fallecido, o sea, si en la fecha de muerte del mismo estuviesen a su cargo<sup>16</sup>. En relación con la cuantía de estas prestaciones, la del subsidio por muerte (que recuérdese que es una prestación única) se fija en una cifra «igual a tres veces la cuantía de los indexantes de apoyos sociales (IAS)»<sup>17</sup>, que a día de hoy se corresponde con un subsidio total de 1286,70 euros. Por su parte, la pensión de supervivencia (que recuérdese que es de pago continuado) requiere para su cuantificación realizar una operación de cálculo, que consiste en determinar, en primer lugar, cuál sea la cifra de la pensión de invalidez o de la pensión de vejez (o pensión de incapacidad permanente por riesgos comunes o pensión de jubilación, respectivamente, en sus equivalentes españoles), que el beneficiario estuviese percibiendo o que le sería reconocida en la fecha de fallecimiento, de acuerdo con las reglas de determinación de la cuantía de tales prestaciones. En segundo lugar, aplicar un porcentaje establecido por referencia al familiar que recibirá dicha pensión de supervivencia, porcentaje que oscilará entre un mínimo del 20 % y un máximo del 80 % del valor de la pensión, de acuerdo con los siguientes cálculos y grupos: 1) 60 % o 70 % en el caso de pensión otorgada a los cónyuges o ex-cónyuges, según sean uno o más de uno; 2) 20 %, 30 % o 40 %, según sean uno, dos o más de dos descendientes, si hubiese cónyuge o ex-cónyuge con derecho a pensión; 3) 40 %, 60 % u 80 %, según sean uno, dos o más de dos descendientes, si no hubiese cónyuge o ex-cónyuge con derecho a pensión; y 4) 30 %, 50 % u 80 %, según sean uno, dos, tres o más de tres ascendientes. Las cuantías obtenidas por aplicación de estos porcentajes sobre el valor de la pensión se repartirán por igual entre los titulares del derecho a pensión en cada uno de dichos grupos<sup>18</sup>. Además, en la fijación de la pensión habrá que tener en cuenta que las pensiones de supervivencia no pueden ser de cuantía inferior al valor que resulte de aplicación de dichos porcentajes a la cuantía mínima establecida por la ley para las pensiones de invalidez y de vejez<sup>19</sup> y, en lo que concierne a los ex-cónyuges, la cuantía de la pensión no puede exceder el valor de la pensión de

<sup>12</sup> Cfr. artículo 7, núm. 1, letra b), y artículo 12.

<sup>13</sup> Cfr. artículo 13, debiendo tenerse en consideración que este «abono de familia» constituye una prestación social de naturaleza económica mensual, abonada por la Seguridad Social, para compensar los deberes familiares sustento y educación de niños y jóvenes, dentro de antes mencionado primer pilar, o régimen no contributivo, denominado «sistema de protección social de ciudadanía».

<sup>14</sup> Cfr. artículo 7, núm. 2.

<sup>15</sup> Cfr. artículo 7, núm. 1, letra c), y artículo 14.

<sup>16</sup> Cfr. artículo 7, núm. 3, y artículo 19.

<sup>17</sup> Artículo 32. Los indexantes de apoyos sociales, conocidos por el acrónimo «IAS», constituyen una referencia determinante en la fijación, cálculo y actualización de las prestaciones de seguridad social, fijado para 2018 en la cuantía de 428,90 €, por la Orden Ministerial núm. 21/2018, de 18 enero.

<sup>18</sup> Sobre la fijación del importe de la pensión de supervivencia, véanse los artículos 24 a 28.

<sup>19</sup> Cfr. artículo 29, núm. 1, debiendo tenerse en cuenta que las cuantías mínimas de las pensiones de vejez e invalidez se determinan por Órdenes Ministeriales anuales, en importe variable en función del número de años naturales con registro de remuneraciones relevantes a los efectos de la tasa de formación de la pensión, en los términos del artículo 44 del Decreto-ley núm. 187/2007, de 10 mayo, que regula el régimen de protección social por invalidez y vejez.

alimentos que recibía del beneficiario en la fecha del fallecimiento. Esta pensión de supervivencia, a pesar de constituir una prestación de concesión continuada, no es tendencialmente vitalicia para alguno de los grupos referidos, estableciendo el citado Decreto-ley núm. 322/90 que las pensiones otorgadas a los cónyuges y ex-cónyuges, en caso de que éstos tengan una edad inferior a 35 años en la fecha de fallecimiento, se conceden por un plazo de cinco años (o por el plazo en que los descendientes comunes al fallecido, y a ese cónyuge o ex-cónyuge, tuviesen derecho a la pensión), y se otorgarán sin límite de tiempo, si en la fecha de fallecimiento o durante el tiempo en que tuviesen derecho a pensión alcanzasen una edad igual o superior a 35 años, o estuviesen en situación de incapacidad total y permanente para todo trabajo, cesando la pensión siempre que contraigan matrimonio o se compruebe la situación de unión de hecho<sup>20</sup>. En fin, desde el punto de vista procedimental y jurisdiccional, el procedimiento para otorgar estas prestaciones a los familiares, si deriva de riesgos comunes, se gestiona por los servicios competentes del Instituto de Seguridad Social, I.P.<sup>21</sup>, resultando que el contencioso sobre dichas decisiones se resolverá mediante recurso contencioso administrativo, en los términos del Código del Proceso de los Tribunales Administrativos<sup>22</sup>.

### III. LA PROTECCIÓN DE LAS UNIDADES FAMILIARES DERIVADA DE RIESGOS PROFESIONALES

En relación con la protección de las unidades familiares en caso de muerte, en situaciones en que dicha eventualidad la produjo un riesgo profesional que causó tal contingencia, dicha protección la regula la Ley núm. 98/2009<sup>23</sup>, según la cual «es accidente de trabajo aquel que ocurra en el lugar y en el tiempo de trabajo y produzca directa o indirectamente lesión corporal, perturbación funcional o enfermedad de la que resulte reducción en la capacidad de trabajo o de ganancia, o la muerte»<sup>24</sup>. La protección de la familia en dicho ámbito profesional se realiza otorgando cuatro tipos de prestaciones, siendo la primera en especie y las tres restantes de naturaleza pecuniaria<sup>25</sup>: 1) «apoyo psicoterapéutico, siempre que sea necesario, a la familia del siniestrado», que «incluye asistencia psicológica y psiquiátrica, cuando la reconozca como necesaria el médico interviniente»<sup>26</sup>; 2) «subsido por muerte», que constituye una prestación única destinada «a compensar las cargas derivadas del fallecimiento del siniestrado»<sup>27</sup>; 3) «subsido por gastos de funeral», que constituye igualmente un pago único destinado a «compensar los gastos realizados con el funeral del siniestrado»<sup>28</sup>; y 4) «pensión por muerte», que será la prestación social más importante en estos infortunios, siendo una prestación pecuniaria, continuada o periódica, que se

<sup>20</sup> Sosteniendo que la anulación, divorcio o separación del segundo matrimonio no harán renacer el derecho a la pensión extinguida, véase Sentencia del Supremo Tribunal Administrativo de 22 mayo 2010 (Relator São Pedro, proceso núm. 0996/09, disponible en [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt)).

<sup>21</sup> En ese sentido, véase artículo 46, que confiere la competencia para la gestión de esta prestación al Centro Nacional de Pensiones.

<sup>22</sup> Cfr. artículo 77 de la Ley núm. 4/2007. Sobre el tema, véase SILVEIRO DE BARROS, M., *Los honorarios de abogados en procesos de seguridad social. Un estudio comparado de los ordenamientos norteamericano, español y portugués*, Barcelona, Atelier, 2017, pp. 137-138.

<sup>23</sup> En la doctrina portuguesa, sobre el tema de los accidentes de trabajo, véase ROMANO MARTINEZ, P., *Direito do Trabalho*, 8ª ed., Coimbra, Almedina, 2017, pp. 839 y ss., y *Código do Trabalho Anotado*, 9ª ed., Coimbra, Almedina, 2013, pp. 620 y ss.; GOMES, J., *Acidente de Trabalho. O acidente in itinere e a sua descaracterização*, Coimbra Editora (Coimbra, 2013), *passim*; PALMA RAMALHO, R., *Tratado de Direito do Trabalho*, Parte II, 6ª ed., Coimbra, Almedina, 2016, pp. 709 y ss.; y MENEZES LEITÃO, L., *Direito do Trabalho*, 5ª ed., Coimbra, Almedina, 2016, pp. 401 y ss.

<sup>24</sup> Artículo 8, núm. 1.

<sup>25</sup> En los términos del artículo 18, también podríamos hacer referencia a una quinta prestación, de naturaleza pecuniaria o indemnizatoria, correspondiente a una indemnización diaria destinada a reparar la muerte, a repartirse por los beneficiarios del fallecido, en montante igual al de la retribución del fallecido, cuando el accidente causante de la muerte hubiese sido provocado por la actuación culposa del empresario, entendiéndose como actuación culposa la que fuese provocada por el empresario o su representante, o se derivase de la falta de cumplimiento de las reglas de seguridad y salud en el trabajo.

<sup>26</sup> Artículo 23, letra a), y artículo 25, núm. 1, letra j), y núm. 2.

<sup>27</sup> Artículo 23, letra b), artículo 47, núm. 1, letra e), núm. 2, y artículo 65, núm. 1.

<sup>28</sup> Artículo 23, letra b), artículo 47, núm. 1, letra f), núm. 2, y artículo 66, núm. 1.



destina a compensar a los familiares por la pérdida de ganancia derivada del accidente que causó la muerte<sup>29</sup>. Para otorgar estas prestaciones, el evento o accidente de trabajo tendrá que haber provocado el fallecimiento del sujeto causante, que en este caso será siempre un trabajador, resultando que el responsable u obligado por tales prestaciones será siempre el empresario que tenía al trabajador fallecido a su servicio —que deberá transferir dicha responsabilidad a la aseguradora legalmente autorizada para realizar este seguro<sup>30</sup>—, y no sobre el Instituto de Seguridad Social, que sólo interviene subsidiariamente, en caso de que las prestaciones abonadas al amparo de este régimen de accidentes de trabajo sean inferiores a las previstas para la pensión de supervivencia debida al amparo del régimen derivado de riesgos comunes, procediendo al pago de la diferencia para lograr dichas cuantías, lo que difícilmente sucederá respecto a la cuantía fijada para las prestaciones económicas debidas por riesgos profesionales<sup>31</sup>. En lo que respecta a la determinación de quienes son los sujetos beneficiarios de tales prestaciones en especie y pecuniarias, la Ley núm. 98/2009 comienza afirmando, por principio y genéricamente, que son los «familiares» del trabajador, al identificar en un precepto —bajo el epígrafe «beneficiarios»— que «el trabajador y sus familiares tienen derecho a la reparación de los daños derivados de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, en los términos previstos en la presente Ley»<sup>32</sup>, principio general que habrá de concretarse en el caso de cada prestación. En lo que respecta al «apoyo psicoterapéutico», esta prestación en especie esta prevista de forma no concreta, afirmándose que se prestará a «la familia del siniestrado»<sup>33</sup>. Con respecto a las prestaciones pecuniarias, en especial la «pensión por muerte», que constituye la principal de dichas prestaciones, se establece que se debe a los siguientes «familiares y equiparados del siniestrado»<sup>34</sup>: 1) cónyuge o persona que vivía con el siniestrado en unión de hecho; 2) ex-cónyuge con derecho a alimentos; 3) hijos, aun concebidos y no nacidos, y los adoptados si en la fecha de la muerte tuviesen edad inferior a 18 años, o entre 18 y 25 años, si cursasen determinados niveles de enseñanza, o sin límite de edad si padeciesen deficiencia o enfermedad crónica que afecte sensiblemente a su capacidad para el trabajo<sup>35</sup>; 4) hijastro del siniestrado, que se equipara al hijo, siempre que el siniestrado estuviese obligado a prestar alimentos a dicho hijastro; 5) ascendientes que en la fecha de la muerte del siniestrado estuviesen a cargo del mismo, considerándose como tales los ascendientes con rentas individuales de valor mensual inferior a la cuantía de la pensión social, o que conjuntamente con su cónyuge o con quien él conviva en unión de hecho no exceda el doble de dicha cuantía; 6) otros parientes ulteriores que en la fecha de la muerte del siniestrado viviesen con él compartiendo mesa y habitación, o sea, con economía común, si en la fecha de la muerte tuviesen edad inferior a 18 años, o entre 18 y 25 años, si cursasen determinados niveles de enseñanza, o sin límite de edad si padeciesen deficiencia o enfermedad crónica que afecte sensiblemente a su capacidad para el trabajo. En ausencia de beneficiarios con derecho a dicha pensión por muerte, revertirá una cantidad igual al triple de la retribución anual del siniestrado al Fondo de Accidentes de Trabajo, siendo esta entidad la beneficiaria<sup>36</sup>. Por contra, el «subsidio por muerte» sólo tiene por beneficiarios al cónyuge, ex-cónyuge, si éste tuviese derecho a alimentos del siniestrado, persona que viviese en unión de hecho con el siniestrado, y los hijos que tuviesen derecho a pensión por

<sup>29</sup> Artículo 23, letra b), artículo 47, núm. 1, letra g), núm. 2, y artículos 56 y ss.

<sup>30</sup> Cfr. artículo 7 y artículo 79.

<sup>31</sup> Sobre la subsidiariedad de la intervención del Instituto de Seguridad Social, en el caso de las prestaciones por muerte derivadas de riesgos profesionales, véanse artículos 2, núm. 2, y 29, núm. 4, del Decreto-ley núm. 322/90.

<sup>32</sup> Artículo 2.

<sup>33</sup> Artículo 25, núm. 1, letra j).

<sup>34</sup> Artículo 57.

<sup>35</sup> A los efectos de esta Ley, tal como se prevé en el artículo 62, se considera con «capacidad para el trabajo sensiblemente afectada» el beneficiario legal del fallecido que sufra deficiencia o enfermedad crónica que reduzca definitivamente su capacidad general de ganancia en más del 75 %.

<sup>36</sup> Sobre el elenco de beneficiarios, véanse artículos 57 y 63. También, véase la Sentencia del Supremo Tribunal de Justicia de 1 julio 2009 (Ponente Pinto Hespanhol, proceso núm. 715/03.1TTBRR.S1), así como la Sentencia del Supremo Tribunal de Justicia de 24 febrero 2010 (Ponente Mário Pereira, proceso núm. 709/03.7 TTBRG.P1.S1), ambas disponibles en [www.dgsi.pt](http://www.dgsi.pt), que analizan la titularidad del derecho a estas prestaciones por los cónyuges, ascendientes y parientes ulteriores, aunque todavía al amparo de la Ley anterior a la vigente de accidentes de trabajo.

muerte, mientras que el «subsidio por gastos de funeral» se otorga a quien probadamente hubiese efectuado el pago de estos gastos, pudiendo ser personas distintas de los «familiares y equiparados» del siniestrado<sup>37</sup>. La cuantía de estas prestaciones también es muy distinta a la fijada para la protección derivada de riesgos comunes. El subsidio por muerte, que recuérdese que es una prestación única, se debe en cuantía de «12 veces el valor de 1,1 IAS en la fecha de la muerte», que a día de hoy se corresponde con 5661,48 euros, a repartirse una mitad el grupo compuesto por el cónyuge, compañero unido de hecho y ex-cónyuge, y la otra mitad el grupo de los hijos, o íntegramente a uno de tales grupos si concurren aisladamente, de manera que en el caso del subsidio atribuido al ex-cónyuge se limita el mismo a la cuantía de 12 veces la pensión mensual de alimentos que tuviese que recibir. A su vez, el subsidio por gastos de funeral es igual a la cuantía de los gastos efectuados con el funeral, con el «límite de cuatro veces el valor de 1,1 IAS, incrementándose al doble si hubiese translación»<sup>38</sup>, o sea, respectivamente, 1887,16 euros y 3774,32 euros. La pensión por muerte, que recuérdese que es una prestación periódica y continuada, se fija con una cuantía anual, pagándose anticipadamente cada mes 1/14 de la pensión anual y dos prestaciones adicionales en junio y noviembre. Para su fijación, hay que comenzar por determinar la «retribución anual bruta normalmente debida al siniestrado, en la fecha del accidente», entendiéndose tal «el producto de 12 veces la retribución mensual incrementada con las pagas de Navidad y vacaciones, y otras prestaciones anuales a que tuviese derecho el siniestrado con carácter regular»<sup>39</sup>. Sobre dicha remuneración anual se aplica un porcentaje, establecido por relación con el familiar beneficiario, porcentaje que oscilará entre un mínimo del 10 % y un máximo del 80 % del valor de la retribución anual, de acuerdo con los siguientes grupos: 1) «al cónyuge o persona que viva con él en unión de hecho, el 30 % de la retribución del siniestrado hasta alcanzar la edad de retiro por vejez, y el 40 % a partir de dicha edad o de la causación de deficiencia o enfermedad crónica que afecte sensiblemente a su capacidad para el trabajo»<sup>40</sup>; 2) «al ex-cónyuge ... con derecho a alimentos», la pensión establecida en los mismos términos previstos para el cónyuge, «hasta el límite de la cuantía de los alimentos fijados judicialmente»<sup>41</sup>, tomándose en consideración, en el caso de concurrencia entre estos dos grupos –cónyuge o compañero unido de hecho, y ex-cónyuge–, que la pensión se reparte en proporción a sus derechos respectivos; 3) a los hijos, «el 20 % de la retribución del siniestrado si fuese sólo uno, el 40 % si fuesen dos, el 50 % si fuesen tres o más, recibiendo el doble de estas cuantías, con el límite del 80 % de la retribución del siniestrado, si fuesen huérfanos de padre y madre»<sup>42</sup>; 4) en el caso de los ascendientes y otros parientes ulteriores, la pensión será «para cada uno, el 10 % de la retribución del siniestrado, no pudiendo exceder el total de las pensiones el 30 % de la misma», elevándose este porcentaje al «15 % de la retribución del siniestrado hasta alcanzar la edad de retiro por vejez, y el 20 % a partir de esa edad o en caso de deficiencia o enfermedad crónica que afecte sensiblemente a su capacidad para el trabajo»<sup>43</sup>, en la situación de ausencia de cónyuge, compañero unido de hecho, ex-cónyuge, hijos o adoptados. Debe tenerse en cuenta que estas pensiones atribuidas a cada grupo son acumulables, pero su total no puede exceder el 80 % de la retribución del siniestrado, por lo que, si excadiesen, se someterán a prorrateo en lo tocante al exceso<sup>44</sup>. A pesar de ser prestaciones pecuniarias de carácter continuado, las pensiones por muerte, en el caso de los cónyuges, compañeros unidos de hecho y ex-cónyuges, si contrajesen nuevo matrimonio o pasasen a vivir en unión de hecho, se percibirán, en un solo pago, por el triple del valor de la pensión anual, excepto si ya hubiese ocurrido la redención total de la pensión, cesando la misma. En fin, reforzando la separación de regímenes de protección a la familia en caso de muerte, según que dicha

<sup>37</sup> En relación con el elenco de beneficiarios de los subsidios por muerte y del subsidio por gastos de funeral, véanse artículos 65 y 66.

<sup>38</sup> Artículo 66, núm. 2.

<sup>39</sup> Artículo 71, núms. 1 y 3.

<sup>40</sup> Artículo 59, núm. 1, letra a).

<sup>41</sup> Artículo 59, núm. 1, letra b).

<sup>42</sup> Artículo 60, núm. 2.

<sup>43</sup> Artículo 61, núms. 1 y 2.

<sup>44</sup> Cfr. artículo 64.

contingencia derive de riesgos comunes o profesionales, en esta última hipótesis, el procedimiento de fijación de dicha pensión no se tramita por el Instituto de Seguridad Social, I.P., sino a través de un procedimiento contencioso laboral especial, de competencia de los Juzgados de Trabajo<sup>45</sup>.

---

<sup>45</sup> Cfr. artículo 126, apartado 1, letra c), de la Ley núm. 62/2013, de 26 agosto, de organización del sistema judicial. Sobre el tema, véase SILVEIRO DE BARROS, M., *Los honorarios de abogados en procesos de seguridad social. Un estudio comparado de los ordenamientos norteamericano, español y portugués*, cit., pp. 143-144.



# CAPÍTULO IX. ENFOQUE ACTUAL DE LA SITUACIÓN PROTEGIDA POR LA PENSIÓN DE VIUEDAD

MIGUEL BASTERRA HERNÁNDEZ

*Profesor Ayudante Doctor  
Depto. Derecho del Trabajo y de la S.S.  
Universidad de Alicante*

## I. INTRODUCCIÓN

Como se sabe, la pensión de viudedad ha suscitado, desde hace ya décadas, un intenso debate sobre cuáles deben ser el sentido, la finalidad y el alcance de esta prestación. Ello responde, en primer lugar, a que nos encontramos ante un mecanismo de protección que entronca con una realidad social tan cambiante como es la forma en la que las parejas constituyen su unión sentimental y los efectos que el ordenamiento jurídico reconoce a cada tipo de vínculo, en función de las circunstancias adyacentes. Pero es que, además, la pensión de viudedad se ha visto afectada por uno de los cambios sociales más determinantes del último medio siglo, como es el de la incorporación de la mujer al mercado de trabajo. Por todo ello, no resultan extrañas las numerosas (e intensas) reformas operadas en el régimen jurídico de la pensión de viudedad desde 1955 (fecha en la que se instaura en nuestro país) hasta nuestros días.

Lo cierto es que en la actualidad el debate sobre las líneas esenciales de la pensión de viudedad no ha cesado, sino que, muy al contrario, nuevos y viejos fantasmas sacuden su andamiaje. De entrada, la realidad social desborda de forma constante los objetivos propuestos y definidos por el legislador en este punto, tal y como evidencian los recientes pronunciamientos judiciales sobre la pensión de viudedad en el supuesto de que el matrimonio se hubiese celebrado por el rito gitano, o de que el causante fuese polígamo o un pastor evangélico<sup>1</sup>. No obstante, a mi juicio, el nudo gordiano del debate sobre la pensión de viudedad se encuentra a un nivel de profundidad más hondo, en las raíces mismas de la situación protegida por esta prestación. En efecto, la realidad socio-económica presente y el contexto general del mapa de medidas que conforman nuestro sistema de protección social llevan a plantearse cuál es la verdadera naturaleza que ostenta la pensión de viudedad en la actualidad -esto es, su finalidad, la situación de hecho que en realidad viene a proteger hoy en día-. Además, tales deliberaciones merecen la mayor urgencia, dada la delicada situación financiera de la Seguridad Social<sup>2</sup> y el alto volumen económico que supone el

---

<sup>1</sup> En este sentido, véanse la STS de 25/01/2018 (Rec. 2401/2016), sobre la denegación de la pensión de viudedad en un supuesto de matrimonio celebrado por el rito gitano; la STS 24/01/2018 (Rec. 98/2017), que reconoce el derecho a cobrar la pensión de viudedad a las dos esposas de un ciudadano marroquí polígamo; y la STS 24/04/2018 (Rec. 538/2016), que equipara la pensión de viudedad de la mujer de un pastor evangélico con la jubilación de un sacerdote católico a efectos de beneficios de cotización. Sobre los últimos hitos jurisprudenciales en torno a la pensión de viudedad, en general, véase: SEMPERE NAVARRO, A.V., GÁRATE CASTRO, F.J.: “35. Jurisprudencia reciente sobre viudedad”, en A.A.V.V. *Estudios sobre Seguridad Social*, Barcelona (Atelier), 2017, págs. 831 y ss. y DESDENTADO DAROCA, E.: “Crisis matrimoniales y pensión de viudedad. Una perspectiva jurisprudencial”, en *Trabajo y Derecho*, nº 43-44, 2018, pág. 80 y ss.

<sup>2</sup> En efecto, a este respecto basta referir que la hucha de las pensiones ha caído en apenas 7 años desde los 66.815 millones de euros que había en el año 2011 hasta los 8.095 de la actualidad, lo que supone un descenso del 90 %.

pago de las pensiones de viudedad<sup>3</sup>; todo lo cual obliga, hoy más que nunca, a ajustar con mucha precisión el uso de los recursos económicos disponibles.

Por todo ello, resulta necesario plantearse cuál es la finalidad que cabe atribuir hoy en día a la pensión de viudedad, dado su régimen vigente, y cuál es el horizonte hacia el que debería avanzar esta prestación.

## II. HECHO CAUSANTE Y REQUISITOS DE ACCESO A LA PENSIÓN DE VIUEDAD

Pues bien, con el ánimo de poder valorar las disfunciones que presenta el modelo vigente (y plantear también las respectivas propuestas de mejora) con la debida solvencia discursiva, parece adecuado exponer, con carácter preliminar y de modo muy sucinto<sup>4</sup>, cuáles son, según la legislación vigente, el hecho causante y los requisitos de acceso a la pensión de viudedad.

Como se sabe, el hecho causante de la prestación es el fallecimiento del propio sujeto causante. Y el medio documental para acreditar esta situación es, lógicamente, la inscripción del fallecimiento en el Registro Civil. No obstante, el legislador ha instrumentado también una ficción jurídica para aquellos casos en los que las circunstancias de la desaparición del sujeto causante hagan presumir su muerte. En concreto, el art. 217.3 de la LGSS establece que podrán generar prestaciones por muerte y supervivencia los trabajadores que hubieran desaparecido con ocasión de un accidente sin dar noticia alguna durante los noventa días siguientes<sup>5</sup>.

Ahora bien, la sola muerte del sujeto causante no basta por sí sola para generar la pensión de viudedad, sino que la Ley exige que, al momento del fallecimiento, el sujeto causante reuniese los requisitos contributivos clásicos: afiliación, alta y cotización.

Así, en primer lugar, el art. 217 de la LGSS establece que podrán causar prestaciones por muerte y supervivencia quienes reuniesen los requisitos generales de afiliación y alta (o situación asimilada) del art. 165 de la propia LGSS y los perceptores de los subsidios de incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo, maternidad, paternidad o riesgo durante la lactancia natural<sup>6</sup>. Y, por su parte, también podrán generar la prestación los titulares de pensiones contributivas de jubilación e incapacidad permanente.

Por lo que se refiere a la cotización, el art. 219 de la LGSS exige que aquellos trabajadores que falleciesen en situación de alta o asimilada hubiesen cumplido un periodo de cotización de quinientos días dentro de los cinco años inmediatamente anteriores a la fecha de la defunción. En cambio, cuando el causante no se encontrase en alta o en situación asimilada a la fecha de fallecimiento, deberá haber completado un período mínimo de cotización de quince años. En fin, debe reseñarse también aquí que *si la causa de la muerte fuera un accidente, sea o no de trabajo, o una enfermedad profesional, no se exigirá ningún período previo de cotización*.

De este modo, se aprecia con toda claridad que el régimen de acceso a la pensión de viudedad, por lo que se refiere a los requisitos inherentes al sujeto causante, es notablemente flexible.

En cualquier caso, resulta que la pensión de viudedad presenta la particularidad de que las figuras del causante y del beneficiario no se acumulan en una misma persona, sino que son

<sup>3</sup> Según los datos registrados en mayo de 2018, el número total de pensiones de viudedad llega a los dos millones y medio (de un total de nueve millones y medio de pensiones contributivas); lo que supone un gasto mensual de 1.500 millones de euros (de un total de unos 9.000 millones de euros mensuales destinados al pago de pensiones contributivas).

<sup>4</sup> Para un exhaustivo análisis sobre los elementos que configuran el régimen jurídico de la pensión de viudedad (lo que, desde luego, excede de los objetivos propuestos para esta comunicación), véanse, entre otros: RODRÍGUEZ INIESTA, G.: “Capítulo 14. La pensión de viudedad”, en A.A.V.V. *Tratado de Derecho de la Seguridad Social*, Murcia (Laborum), 2017, pág. 109 y ss. y BARCELON COBEDO, S.: “La actualización del régimen jurídico de la pensión de viudedad: cuestiones nucleares”, en *Trabajo y Derecho*, nº 23/2016, págs. 39 y ss.

<sup>5</sup> De hecho, en tales casos, los efectos económicos de las prestaciones se retrotraerán a la fecha misma del accidente, siempre que se cursase la pertinente solicitud en los ciento ochenta días siguientes a la desaparición.

<sup>6</sup> Siempre que cumpliesen con el periodo de cotización previsto en el art. 219 de la LGSS para los trabajadores que accedan desde una situación de alta o asimilada y que se analizan en el párrafo siguiente.

ocupadas por sujetos distintos. Y es por ello que la Ley exige, por una parte, unos requisitos al sujeto causante y, por otra, unos requisitos al beneficiario. En este sentido, cabe apuntar que los requisitos referidos al sujeto causante se mantienen, en esencia, en sus términos originales, pero los requisitos inherentes al sujeto causante han sufrido, al vaivén de las sucesivas reformas normativas y los pronunciamientos jurisprudenciales acaecidos durante décadas, un cambio radical. Buena muestra de ello es que la figura del beneficiario ha pasado de ser la mujer que quedaba viuda con ocasión de la muerte de su marido a que ahora pueda solicitar la prestación toda persona, independientemente de su sexo, ante la muerte de su pareja, del mismo o distinto sexo, a la que le unía un vínculo formalizado por distintas vías.

Pues bien, en relación a los beneficiarios, hay que diferenciar entre los supuestos de unión matrimonial y los supuestos de pareja de hecho, ya que la intensidad de los requisitos exigidos y el nivel de protección reconocido en cada caso son bien distintos.

En el supuesto típico de unión conyugal, bastaría con la propia celebración del matrimonio (además de los requisitos de alta y cotización ya vistos respecto al sujeto causante). No obstante, la Ley traza un “cortafuegos” para evitar que matrimonios de muy baja intensidad pudiesen dar lugar a una pensión de viudedad. Y es por ello que cuando el fallecimiento derivara de una *enfermedad común no sobrevenida* tras el vínculo conyugal, y tampoco hubiese hijos en común ni se acreditase un periodo de convivencia total con el sujeto causante de más de dos años, se exigirá, además, que el matrimonio se hubiese celebrado con, al menos, un año de antelación a la fecha de la muerte. Y, cuando el cónyuge superviviente no cumpliera con alguna de estas exigencias suplementarias en los supuestos en los que el fallecimiento del causante derivara de una enfermedad común no sobrevenida tras el matrimonio, lo que se reconocerá es la denominada pensión temporal de viudedad; que se concreta en una prestación temporal de la misma cuantía igual que la pensión de viudedad que le hubiera correspondido y con una duración de dos años.

En cualquier caso, en los supuestos de matrimonio, también tendrá derecho a acceder a la pensión de viudedad el ex cónyuge separado o divorciado, siempre que no hubiese contraído nuevas nupcias o formado una pareja de hecho y fuese acreedor de una pensión compensatoria de los arts. 97-98 del Código Civil que se extinguiese, precisamente, por la muerte del causante<sup>7</sup>. Además, cuando tras uno o varios divorcios, se produjera una concurrencia de beneficiarios con derecho a la pensión de viudedad, dichos beneficiarios se repartirían la prestación de forma proporcional al tiempo que cada uno hubiese vivido con el causante; garantizándose, en todo caso, el cuarenta por ciento a favor del cónyuge superviviente o la pareja de hecho superviviente. En fin, lo cierto es que poco puede añadirse a la propia letra de la Ley para subrayar la enorme laxitud con que se regula el reconocimiento de la pensión de viudedad en los casos de unión matrimonial.

Y, por su parte, también podrán cursar derecho a la pensión de viudedad quienes sobreviviesen a su pareja de hecho, aunque en este caso el art. 221 de la LGSS endurece notablemente los requisitos de acceso a la prestación, hasta el punto de que el tipo de protección pasa a ser otro completamente distinto, situándose, casi, en el nivel asistencial. Así, en primer lugar, como no podría ser de otra manera, el sujeto causante habrá de reunir las condiciones de alta y cotización ya referidas con ocasión de la viudedad de origen matrimonial. Pero, en cambio, los requisitos referidos a los beneficiarios en los supuestos de convivencia *more uxorio* devienen mucho más restrictivos. Por lo que se refiere a la naturaleza del vínculo con el causante, la norma específica que la existencia de pareja de hecho se acreditará mediante certificación de la inscripción en alguno de los registros específicos existentes o mediante documento público; y la mencionada inscripción (o formalización en documento público) deberá haberse producido con una antelación mínima de dos años con respecto a la fecha del fallecimiento del causante. Y, además, habrá de demostrarse una convivencia estable, notoria, ininterrumpida e inmediatamente anterior al

<sup>7</sup> Si bien estas exigencias decaen en el caso de las víctimas de violencia de género.

fallecimiento del causante no inferior a cinco años.<sup>8</sup> Pero sobre todo, la diferencia más significativa respecto a la viudedad conyugal es que, en el caso de las parejas de hecho, el beneficiario está obligado a demostrar que la disminución de ingresos conjuntos consecuente a la pérdida de su pareja le genera una determinada situación de necesidad económica. El art. 222 de la LGSS concreta dicha necesidad económica real y efectiva en que los ingresos del solicitante durante el año natural anterior al fallecimiento no alcancen el cincuenta por ciento de los percibidos en conjunto por la pareja (o el veinticinco por ciento cuando hubiese hijos comunes con derecho a pensión de orfandad); o, alternativamente, cuando, al margen de estos porcentajes, los ingresos del sobreviviente resultasen inferiores a 1,5 veces el importe del SMI (elevado 0.5 veces por cada hijo con derecho a orfandad), requisito que deberá concurrir tanto en el momento del hecho causante de la prestación, como durante el período de su percepción. Así, como puede observarse, la pensión de viudedad reconocida a las parejas de hecho ostenta un innegable tinte asistencial, aunque sin perder la esencia contributiva de esta prestación; lo que, a mi juicio, marca el sendero a seguir, tal y como expondré en los siguientes apartados de esta comunicación.

### III. ACERCA DE LA CONFIGURACIÓN ACTUAL DE LA PENSIÓN DE VIUEDAD

Pues bien, como acaba de apuntarse -de forma muy esquemática-, la configuración de la pensión de jubilación revela una finalidad protectora que poco se asemeja ya a la que, originariamente, tuvo esta medida. En efecto, en un primer momento, como no podía ser de otra manera, la pensión de jubilación tomaba como punto de partida la realidad socio-cultural propia de aquel entonces, bien distinta a la que, afortunadamente, nos rodea hoy en día. Y es que, al tiempo de introducirse esta prestación en nuestro sistema de Seguridad Social, la mujer se veía constreñida por la dinámica de roles a ocuparse del cuidado del hogar y la familia; lo que, a su vez, la relegaba al ostracismo profesional y, en términos estadísticos, la aislaba del mercado de trabajo, especialmente a partir del momento en el que se casaba. Todo ello generaba un riesgo social muy cierto: la eventual muerte del marido amenazaba gravemente con dejar desamparada a la viuda superviviente. Y, así, para cubrir tal contingencia, el sistema de Seguridad Social implementó una medida protectora, la pensión de viudedad, que se anudaba a la presunción de que aquella mujer que perdía a su marido, del que con toda probabilidad dependía económicamente, necesitaba ser auxiliada por el sistema. Que la norma parte, en origen, de esta idea se evidencia en que la configuración inicial de la pensión preveía la protección del viudo, pero éste tenía que demostrar una necesidad económica real y no presunta como la de la viuda.

La cuestión es que, tras las numerosas reformas operadas desde entonces, la situación protegida por la pensión de viudedad -y, por ende su esencia y naturaleza- ha sufrido un cambio radical<sup>9</sup>. En efecto, la prestación que hoy en día recoge el Capítulo XIV del Título II de la LGSS protege a todo trabajador, hombre o mujer, que pierda a su cónyuge o pareja de hecho (aunque con limitaciones específicas en este segundo caso), siempre que se cumpliera con los requisitos previstos. El análisis del hecho causante y los requisitos de acceso a la pensión de viudedad – sucintamente expuestos en el apartado anterior- revela que la prestación que nos ocupa responde hoy a una finalidad bien distinta a la original.

Desde luego, hoy en día ya no cabe deducir una situación de dependencia económica, simplemente, a partir del sexo de la persona o sus circunstancias familiares. Y, por lo tanto, cabe preguntarse cuál es, ahora, la finalidad de la pensión de viudedad. Pues bien, a este respecto debe

<sup>8</sup> La restrictiva delimitación de las parejas de hecho que, a partir de la reforma operada por la Ley 40/2007 de medidas en materia de Seguridad Social, efectúa la norma ha recibido, desde su establecimiento, severas críticas doctrinales: VIQUEIRA PÉREZ, C.: “La reforma de la pensión de viudedad en la ley de medidas en materia de Seguridad Social (Ley 40/2007)”, en A.A.V.V. *La reforma de la Seguridad Social*, Valencia (Tirant lo Blanch), 2009, edición digital.

<sup>9</sup> En este sentido, ya a partir de las reformas subsiguientes a las célebres SSTC 103/1983 y 104/1983, se apuntaba que la pensión de viudedad “ya no es lo que era”: LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, F., VIQUEIRA PÉREZ, C.: “La necesaria reforma de la pensión de viudedad a la luz de la doctrina del Tribunal Constitucional”, en *Relaciones Laborales*, 1990, Tomo 2 (versión digital en La Ley 1292/2001).



distinguirse entre la pensión de viudedad en los casos de matrimonio y la pensión de viudedad en los casos de pareja de hecho.

Así, la pensión de viudedad que se reconoce al miembro sobreviviente de una pareja de hecho está atravesada por un elemento asistencial, pues sí palia una necesidad económica real, delimitada en los términos que ha considerado el legislador.

En cambio, el espíritu de la pensión de viudedad que se reconoce al cónyuge supérstite de un matrimonio ya no va dirigido a neutralizar una situación de dependencia económica y a cubrir una necesidad real, sino que tiene por objeto mantener el nivel de rentas que el causante y el beneficiario generaban en conjunto dentro del núcleo familiar, al margen de cuál fuese la verdadera situación económica de los supervivientes. Pues, si se observa, en estos casos, el beneficiario -el cónyuge supérstite- tendrá acceso a la prestación aun cuando la realidad de las cifras tras la pérdida de su consorte revelase una situación económica desahogada, próspera o, incluso ya, opulenta. Desde luego, parece difícil justificar estos extremos del régimen jurídico de la prestación. Y es que, sin ánimo de caer en el efectismo, cabe señalar que nuestro -exangüe- sistema de Seguridad Social podría abonar, perfectamente, una prestación como esta a personas que ostentasen una formidable fortuna.

Además, la pensión de viudedad goza de un régimen de compatibilidad absoluta con las rentas del trabajo, del capital o, también, con otras prestaciones contributivas de la Seguridad Social que resulta del todo excepcional en nuestro sistema de protección social. Así, en esencia, resulta que la pensión de viudedad cuenta con una suerte de “salvoconducto” que permite compaginar su percepción con cualesquiera otros ingresos. Desde luego, tan insólita preeminencia, que no encuentra parangón en nuestro mapa de prestaciones, resulta difícil de justificar<sup>10</sup>.

Es cierto que, en relación a las rentas del capital, es tónica habitual que no se tengan en cuenta tales ingresos a la hora de reconocer estas prestaciones contributivas. Pero, por lo que se refiere a la compatibilidad total con las rentas del trabajo, sí cabe una postura crítica. En efecto, cuesta comprender que el sistema abone una prestación de cuantía no menor, de tan prolongada duración (nada menos que vitalicia) y, además, compaginable con cualesquiera ingresos provenientes de la actividad profesional. En el fondo, creo, se trata de una reminiscencia (hoy ya anacrónica) de la configuración original de la pensión de viudedad, cuando estaba prevista para mujeres viudas con cuya empleabilidad no se contaba, o, si se contaba, era con un acceso al mundo del trabajo marginal en todos los sentidos. Desde otro punto de vista podría alegarse, no sin razón, que una incompatibilidad total de la pensión de viudedad con las rentas de trabajo desincentivaría (y de por vida) la incorporación (o permanencia, en su caso) del beneficiario al mercado de trabajo. Por eso, tal y como propongo más adelante en esta comunicación, la solución de equilibrio vendría de la mano de una compatibilidad limitada. Y, por último, respecto a la compatibilidad absoluta de la pensión de viudedad con cualquier otra prestación contributiva del sistema cabe extender las críticas ya expuestas en líneas anteriores, y es que no existe un fundamento alguno para cargar al sistema con un pago vitalicio que, en función de las circunstancias concretas del caso, podría resultar incluso superfluo desde el punto de vista de la política social.

#### IV. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

Por todo cuanto se ha apuntado, considero que la configuración vigente de la pensión de viudedad no encuentra acomodo en los principios inspiradores del sistema de Seguridad Social, que han de proyectarse sobre la realidad socio-económica presente en cada momento. Parece obvio que las distintas prestaciones previstas en el sistema de Seguridad Social no pueden enfocarse de forma aislada, sino que deben observarse desde una perspectiva global y de conjunto. Y es entonces cuando se aprecian las verdaderas disfunciones de la pensión de viudedad.

<sup>10</sup> Aunque es cierto que encuentra firmes defensores en el seno de la doctrina científica: RODRÍGUEZ INIESTA, G.: “Capítulo 14. La pensión de viudedad”, *op. cit.*, pág. 110.

Como se ha visto, la pensión de viudedad se reconoce hoy, básicamente, a partir de la concurrencia de dos elementos: unión sentimental formalizada con el causante y una muy asequible carrera de cotización por parte de éste. Y, con esos dos requisitos, se abre la puerta a una pensión de una cuantía considerable, vitalicia y absolutamente compatible con cualesquiera otros ingresos. Pues bien, a mi juicio, tal régimen no cohonesta con la acción protectora de la Seguridad Social. Y es que, si se observa, el perfil actual de la pensión de viudedad se asemeja, más bien, al típico seguro de vida concertado con una entidad privada. La cuestión es que la relación cuota-riesgo-cobertura de la pensión de viudedad prevista por la Seguridad Social está sideralmente alejada de las condiciones de rentabilidad económica que imperan en el sector de los seguros privados. Y dado que el coste de esta prestación descansa, también, en los presupuestos generales del Estado, no parece razonable que el erario público, tan exhausto, deba cargar, en parte, con el pago de una prestación que, en muchos casos, puede resultar superflua e injustificada desde el punto de vista de la política social. Todo ello deviene incluso más preocupante cuando se toman en consideración los problemas, presentes y sobre todo futuros, relacionados con la silueta de la pirámide de población, en la que los alarmantemente bajos índices de natalidad amenazan muy gravemente el equilibrio financiero del sistema de Seguridad Social.

Todas estas cuestiones devienen límpidas cuando se contempla la pensión de viudedad al contraluz de otras prestaciones del sistema, como pudiera ser, por ejemplo, el desempleo. En efecto, resulta asombroso comprobar que, por un lado, la pensión de viudedad tiene -generalmente- carácter vitalicio, goza de una compatibilidad universal y surge a raíz de un periodo de cotización breve y flexible (tan solo quinientos días dentro de los cinco años anteriores a la fecha del fallecimiento) y que, además, no pesan sobre el beneficiario (el viudo o la viuda), sino sobre el sujeto causante (su cónyuge o pareja de hecho fallecida). Y, mientras tanto, en unos términos muy alejados, se observa cómo ante la pérdida involuntaria del puesto de trabajo -que, normalmente, será la fuente de ingresos principal del trabajador- el mismo sistema de Seguridad Social lo que reconoce es una prestación temporal (de como máximo dos años), con un régimen de incompatibilidades estricto y tras un nada desdeñable periodo de cotización (seis años para alcanzar los citados dos años de duración). En fin, parece evidente que, mientras no se establezcan unos parámetros de cálculo y unas reglas de compatibilidad que acerquen la pensión de viudedad a la situación real y efectiva del solicitante, seguiremos ante una prestación muy alejada no solo de las necesidades actuales en nuestro modelo de protección social sino, también, de los términos y condiciones generales del resto de prestaciones del sistema.

Pues bien, por todo ello, creo necesaria una profunda reconfiguración del régimen general de la pensión de viudedad y muy especialmente de la delimitación de la contingencia protegida. Pero no abogo, en absoluto, por una supresión o un adelgazamiento de este mecanismo, sino que planteo una optimización de los recursos destinados a esta prestación que, hoy en día, cubre en numerosas ocasiones supuestos poco razonables desde el punto de vista de la política social. Así, lo que propongo es aplicar algunas notas de carácter asistencializador (como las que ya incorpora, de hecho, la propia pensión de viudedad en los casos de parejas de hecho) a esta prestación. Creo que una configuración interesante, oportuna, equilibrada y coherente con la realidad socio-económica giraría en torno a una compatibilidad limitada<sup>11</sup> de la pensión de viudedad con otro tipo de rentas. Así, por ejemplo, podría triangularse la cuantía de la prestación de viudedad con las cargas familiares del beneficiario y su volumen de ingresos totales en relación a un determinado indicador -probablemente el IPREM-; que es precisamente lo que, en términos similares, sucede en muchos países de nuestro entorno.<sup>12</sup> Ello permitiría optimizar los recursos destinados a esta

<sup>11</sup> En los términos que ya se apuntaban desde los foros doctrinales en los que, desde hace décadas, se reclama una reconfiguración de la pensión de viudedad: LÓPEZ-TARRUELLA MARTÍNEZ, F., VIQUEIRA PÉREZ, C.: “La necesaria reforma...”, *op. cit.*

<sup>12</sup> Así sucede con la pensión de viudedad reconocida en Bélgica, donde los menores de 65 años pueden compatibilizar la pensión de viudedad con las rentas del trabajo mientras no superen los 18.154 euros o los 22.693 si tenían un hijo a cargo. Francia también supedita la pensión de viudedad a que el solicitante no alcance un determinado umbral de ingresos. Italia, por su parte, rebaja notablemente la cuantía de la pensión a partir de un determinado volumen de

(...)

prestación dentro de las partidas de protección social y contextualizaría la pensión de viudedad en el marco del sistema de Seguridad Social, al tiempo que mantendría, en una cierta medida, la esencia contributiva que históricamente ha tenido y, además, fomentaría el acceso o la permanencia del beneficiario en el mercado de trabajo.

Es más, llegados a este punto, cabría plantearse también la oportunidad de reestructurar el ámbito subjetivo de la pensión de viudedad. En primer lugar, en relación a la equiparación entre matrimonios y parejas de hecho. Y es que está justificado que ante dos supuestos de hecho distintos los requisitos también sean distintos, pero lo que no tienen ningún sentido es que en un caso la prestación esté atravesada por un elemento asistencial mientras en el otro la prestación sea netamente contributiva. Pero, incluso, podría deliberarse si estas prestaciones por muerte y supervivencia deben reconocerse únicamente en los casos de caída del nivel de ingresos conjuntos que tenía una pareja sentimental -formalizada de una u otra manera- tras la muerte de uno de sus miembros, o si, en cambio, sería razonable extender la protección a aquellos casos en los que distintas formas de convivencia impliquen una interdependencia económica o la presencia de una comunidad de bienes impropia equiparable a la que se presume en los casos de matrimonio o pareja de hecho. En efecto, sobre todo al socaire de la crisis financiera que todavía nos aflige, se han generalizado formas de convivencia y solidaridad económica que exceden de la relación sentimental de pareja, pero que no implican una ligazón económica menor. Y, en este sentido, me pregunto si dos hermanos que toman la decisión de vivir juntos en -imaginemos- la antigua casa familiar para sufragar el coste de la vida con los empleos -vamos a suponer- precarios que consiguen uno y otro de forma alternativa presentarían una imbricación económica menor que cualquier matrimonio o pareja de hecho que se hallase en circunstancias similares. Y, sobre todo, si la aciaga muerte de uno de esos dos hermanos provocaría una situación muy distinta a la que el sistema de Seguridad Social presume en los casos de viudedad.

En fin, en esta comunicación se ha tratado, simplemente, de identificar algunos problemas que subyacen en la base del régimen vigente de la pensión de viudedad. Confío, al menos, en suscitar -o más bien recuperar- un hilo de discusión que, en alguna medida, pueda acercarnos a un mejor modelo de protección social en este punto.

---

ingresos totales por parte del beneficiario y, en cambio, la incrementa en función de las cargas familiares. Y los Países Bajos, directamente, suspenden la percepción de la pensión cuando se sobrepasen los 2.500 euros de ingresos totales al mes. Sobre este punto, véase: LLORENTE ÁLVAREZ, A., MORENO GARRIDO, C.: "La protección de viudedad en los países de nuestro entorno", en *RMESS*, nº 129/2017, págs. 25 y ss.



# CAPÍTULO X. FAMILIA Y LUCHA A LA POBREZA EN ITALIA: HACIA UN MODELO DESIGUAL Y POLICÉNTRICO EN TIEMPOS DE CRISIS

SILVIO BOLOGNA

*Investigador de Derecho del Trabajo  
Universidad de Palermo*

*«Perché un paese nel quale una parte consistente della popolazione cessa di considerare diritto pubblicamente garantito la propria aspirazione a una vita degna, finisce inevitabilmente per trasformare il gioco sociale e politico in uno scambio diseguale tra chi è costretto a chiedere “protezione” e chi in cambio pretenderà fedeltà; tra chi in basso sa di dover dipendere dalla disponibilità e chi in alto da di poter contare sulla dedizione altrui»*

Revelli, M<sup>1</sup>

## I. INTRODUCCIÓN: POBREZA (FAMILIAR) Y TÉCNICAS DE TUTELA

En el capitalismo occidental el desempleo presenta características cada vez más estructurales, y afecta sobre todo a las clases de la población más pobres y que viven en condiciones de minusvalía social: el impacto de las nuevas tecnologías en el proceso productivo, la deslocalización hacia los países en vía de desarrollo, la crisis económico-financiera de naturaleza sistémica y la precarización neoliberal del mercado del trabajo, han reducido notablemente la tasa de empleo y el bienestar de las sociedades nacidas tras la segunda guerra mundial y fundamentas en el capitalismo redistributivo de marca keynesiana.

Frente a la escasez de trabajo el gran desafío de los modernos sistemas de *welfare* es lo de garantizar el derecho fundamental a una existencia decente a los individuos y a las familias: es necesario por lo tanto ir más allá de las técnicas de tutela que protegen contra el desempleo la persona en cuanto trabajador (y sólo indirectamente la familia), y relacionadas con específicos eventos tutelados como la vejez, la invalidez, la pérdida del trabajo, el deceso del cónyuge, la enfermedad, los accidentes laborales y las cargas familiares.

*De jure condendo* la literatura económica y jurídica ha subrayado la necesidad de una profunda reforma del sistema de seguridad social para hacer frente a las desigualdades crecientes que se concretizan en una reducción del trabajo, sea en la variante clásica de la subordinación, sea en lo que se refiere al trabajo autónomo y a las nuevas modalidades de prestación aún no clasificadas por la dogmática y la legislación (trabajo sobre plataforma, *crowdworking*).

Básicamente son dos las propuestas sobre la mesa para enfrentar la privación material, que tienen muy distintas perspectivas ideológicas e impactos prácticos: la renta de ciudadanía y la renta mínima garantizada<sup>2</sup>. La renta de ciudadanía o *basic income*, teorizada por pensadores de diferente

---

<sup>1</sup> Véase REVELLI, M.: *Poveri noi*, Torino, Einaudi, 2010, pág. 127.

<sup>2</sup> Sobre las diferencias entre renta de ciudadanía y renta mínima garantizada véase BRONZINI, G.: “Il reddito minimo garantito nell’Unione Europea: dalla Carta di Nizza alle politiche di attuazione?”, *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, 2011, pp. 226-227.

extracción cultural<sup>3</sup>, es aquella renta erogada de manera incondicionada a todos, sobre base individual, sin comprobar las condiciones económicas o las solicitudes de disponibilidad a trabajar. Por lo tanto, la renta de ciudadanía se caracteriza como verdadero derecho fundamental, reconocido a todos los miembros de la comunidad política, y no como prestación supeditada al verificarse de algunas condiciones específicas (pobreza, desempleo ...).

La renta mínima garantizada, al revés, es una medida económica de lucha a la pobreza erogada al beneficiario sólo si él mismo se compromete a tomar parte a los programas de acceso y formación predisuestos por lo poderes públicos en el marco de las políticas activas de empleo, para promover la *occupability* del sujeto en condiciones de marginalidad social (principio de condicionalidad); además, la renta mínima se otorga sólo tras comprobar concretamente la situación de privación material (*means test*).

El legislador italiano ha recientemente introducido el así llamado *reddito di inclusione* (desde entonces REI), medida asistencial de lucha a la pobreza dirigida no sólo al individuo, sino también a la familia en su conjunto, que cabe en el esquema dogmático-clasificador de la renta mínima garantizada por fundamentarse en el binomio condicionalidad-*means test*: en las páginas que vienen se analizarán los fundamentos del REI en la perspectiva constitucional europea y nacional, y su concreto mecanismo de funcionamiento; se dedicará peculiar atención a la coexistencia entre REI y medidas regionales de lucha a la pobreza familiar, en el marco regulatorio de la arquitectura constitucional italiana, dado que la asistencia social queda en las competencias exclusivas de las Regiones. Desde la perspectiva axiológica de los derechos fundamentales el presente trabajo quiere comprobar si las medidas asistenciales estatales y regionales, hoy en día vigentes en Italia, constituyen o menos una eficaz respuesta a la privación material en tiempos de crisis y de recortes al gasto público.

## II. LA LUCHA CONTRA LA DEPRIVACIÓN MATERIAL EN LA CONSTITUCIÓN ITALIANA Y EN EL DERECHO DE LA UE

El cambio de paso social y económico, que ha engendrado una aumentación de pobreza y desempleo, no ha recibido una respuesta inmediata por el sistema de seguridad social, cuya razón principal es que las cartas constitucionales de la posguerra esbozan un modelo de protección que privilegia el ciudadano-trabajador: más precisamente el apartado primero del art. 38 de la Constitución italiana, dedicado a la asistencia social, establece que «Todo ciudadano inhábil al trabajo y desprovisto de los medios necesarios para vivir tiene derecho al mantenimiento y a la asistencia social». No cabe duda de que la formulación literaria de la carta fundamental de 1948 atribuye centralidad a la incapacidad laboral, respecto a la protección contra la privación material considerada en sí misma, como condición imprescindible para la erogación del beneficio<sup>4</sup>: a nivel político-ideológico la constitución, nacida en la temperie del fordismo y del pleno empleo, considera como punto de referencia no el hombre *tout court*, sino el hombre *faber*, y por lo tanto entrevé en el trabajo la medida general de los derechos a reconocer a la persona, con un papel marginal desempeñado por la asistencia<sup>5</sup>.

A la orientación laboralista de la constitución italiana se contraponen la perspectiva universalista del derecho de la Unión Europea, en su doble vertiente de *hard* y *soft law*: de hecho, desde principios de los años 90 las instituciones comunitarias han elaborado varios documentos en los que se reconoce el derecho fundamental de la persona a recursos suficientes para vivir en

<sup>3</sup> El *basic income* ha sido teorizado por primera vez en 1797 por el filósofo Thomas Paine, y luego por Spence, Stuart Mill, Fourier, Bertrand Russell, von Hayek, Tobin y Galbraith: véase MARTONE, M.: “Il reddito di cittadinanza. Una grande utopia”, *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2017, I, pág. 409.

<sup>4</sup> Véase ZOPPOLI, L.: “Reddito di cittadinanza, inclusione sociale e lavoro di qualità: profili giuridico-istituzionali”, *Diritti Lavori Mercati*, 2007, pág. 77.

<sup>5</sup> Véase PERSIANI, M.: *Considerazioni sulle motivazioni ideologiche dell'assistenza e della previdenza sociale*, in VV.AA., *Studi in onore di Giuseppe Chiarelli. Tomo terzo*, Giuffrè, Milano, 1974, pp. 2811-2812; FAIOLI, M.: “Deprivazione materiale, assistenza sociale e diritti sulle cose”, *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2014, I, pág. 288.

conformidad a la dignidad humana, como en el caso de la Recomendación 92/441/CEE del Consejo<sup>6</sup>. Al respecto, hay que subrayar que el enfoque normativo y axiológico de las instituciones europeas entrelaza la lucha contra la privación material con la inclusión activa, en el contexto más general de las políticas de origen escandinava de flexiguridad, con una traslación de las tutelas desde la seguridad en el trabajo hasta la seguridad en las transiciones ocupacionales<sup>7</sup>. En este sentido, con la Recomendación 2008/867/CE<sup>8</sup> la Comisión exhortaba los Estados miembros a poner en marcha estrategias integradas para la inclusión activa de las personas excluidas del mercado del trabajo sobre la base de tres factores: un nivel adecuado de apoyo a la renta, el acceso a servicios de calidad, la integración de las personas en puestos de trabajo sostenibles y de calidad.

En progreso de tiempo las fuentes primarias de la Unión han constitucionalizado el derecho a la protección contra la privación material: el art. 34 de la Carta de Niza, que tras la entrada en vigor del Tratado de Lisboa tiene rango de derecho primario igual que los Tratados, al apartado tercero establece que la Unión reconoce y respeta el derecho a una ayuda social a todos aquellos que no dispongan de recursos suficientes, con la finalidad de combatir la exclusión social y la pobreza; el *dictum* normativo abandona la perspectiva de los documentos de *soft law*, dado que no menciona los conceptos de ocupabilidad y *workfare* como requisitos para la erogación del beneficio, abriendo a un modelo integralmente universalista.

De todas formas, el texto del art. 34 representa más una formulación de principio que se limita a garantizar ciertos derechos sociales de prestación, y nos es una norma reconocedora de derechos accionables en el marco de un modelo definitivo de asistencia social en particular<sup>9</sup>, bien simbolizando el déficit de legitimación democrático-social que padece la Unión Europea: de hecho, con arreglo al art. 153 del TFUE la Unión no tiene una competencia específica en lo que se refiere a la seguridad social, materia en la que cabe la asistencia en su dimensión de lucha contra la exclusión social y la pobreza. Como mucho la Unión puede intervenir a la unanimidad con finalidad de armonización progresiva de los distintos sistemas nacionales, con sujeción estricta al principio de subsidiariedad<sup>10</sup>.

De este déficit de competencia directa el mismo art. 34 es consciente, al prever que la acción normativa de la Unión se desarrollará según las modalidades establecidas por el Derecho de la Unión y por las legislaciones y prácticas nacionales: si se considera el derecho euro-unitario a la luz de la noción minimalista elaborada por la Corte de justicia, según la cual las únicas normas relevantes son aquellas de los Tratados (y las derivadas)<sup>11</sup>, y si se toma en cuenta que los tratados no reconocen el derecho a la asistencia social, las previsiones normativas relevantes son aquellas sobre libre circulación de los trabajadores (arts. 45-48 TFUE); libertad de establecimiento (arts. 49-55), libre prestación de servicios (arts. 56-62), espacio de libertad, seguridad y justicia (art. 67), concurrencia entre empresas (arts. 101-106), y ayudas de Estado (arts. 107-109). En resumidas cuentas, este breve panorama de las fuentes lleva consigo muy escasas posibilidades de establecer una legislación europea en materia de ayuda social, que vaya más allá de una función puramente instrumental al servicio de las libertades económicas<sup>12</sup>.

<sup>6</sup> 92/441/CEE: Recomendación del Consejo, de 24 de junio de 1992, sobre los criterios comunes relativos a recursos y prestaciones suficientes en los sistemas de protección social.

<sup>7</sup> Véase BOZZAO, P.: "Reddito minimo e welfare multilivello: percorsi normativi e giurisprudenziali", *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, 2011, pág. 594; CORAZZA, L.: "Il principio di condizionalità al tempo della crisi", *Giornale di diritto del lavoro e delle relazioni industriali*, 2012, pp. 490-491.

<sup>8</sup> Recomendación de la Comisión 2008/867/CE, de 3 de octubre de 2008, sobre la inclusión activa de las personas excluidas del mercado laboral.

<sup>9</sup> Véase MONEREO PÉREZ, J.L.: *Artículo 34. Seguridad Social y ayuda social*, MONEREO ATIENZA C. Y MONEREO PÉREZ J.L. (Dir.), *La Europa de los derechos. Estudio sistemático de la carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea*, Granada, Comares, 2012, pág. 921.

<sup>10</sup> Art. 153 TFUE, apartados 1 y 2.

<sup>11</sup> Véasen, *ex plurimis*, las sentencias *Åkerberg Fransson* y *Poklana*.

<sup>12</sup> Véase MONEREO PÉREZ, J.L.: *cit.*, pág. 921.

Por fin, en tiempos muy recientes cabe destacar la declaración conjunta del Parlamento Europeo, del Consejo y de la Comisión – el así llamado Pilar Europeo de Derechos Sociales<sup>13</sup> – que en su art. 14 reconoce el derecho a una renta mínima (*minimum income*) a quien no tenga recursos suficientes, y establece que las prestaciones de renta mínima deben combinarse con incentivos a la (re)integración en el mercado laboral: la declaración, que reafirma el principio de condicionalidad de los precedentes documentos de *soft law*, es totalmente desprovista de la dimensión de la efectividad, y contribuye a legitimar el carácter de “dos caras” de la UE, intervencionista en materia de hacienda pública y equilibrio presupuestario, y ausente o casi en materia de políticas sociales<sup>14</sup>.

En resumidas cuentas, en lo que se refiere a la lucha contra la pobreza y la marginalidad social individual y colectiva, la experiencia jurídica europea carece totalmente de contenidos mínimos, y deja sólo los poderes públicos nacionales en la determinación del contenido del derecho<sup>15</sup>.

### III. LAS PRIMERAS MEDIDAS DE LUCHA CONTRA LA POBREZA FAMILIAR EN ITALIA

A finales de los 90, cuando ya se abren fuertes grietas en el tejido económico italiano y el mercado del trabajo empieza a orientarse hacia una perspectiva liberal, el Estado introduce las primeras medidas de lucha contra la pobreza individual y familiar: ya en 1997 la Commissione Onofri<sup>16</sup> individuaba como elemento de debilidad del sistema asistencial italiano, comparado con las otras experiencias jurídicas europeas, la falta de un mínimo vital dirigido a los sujetos más emarginados de la sociedad y destinado a su reinserción en el mundo del trabajo. La primera intervención consistió en el *reddito minimo di inserimento* (RMI), creado por el d.lgs. 237/1998, finalizado a la reinserción de los sujetos más débiles de la sociedad y expuestos a riesgos de marginalidad social. La perspectiva del legislador se inspiraba en el universalismo selectivo euro-unitario, puesto que la erogación de la medida económica era supeditada a la adhesión del individuo a programas de inserción laboral. Es importante subrayar que el RMI, igual que el REI hoy en día, tenía como punto de referencia la familia y no el individuo.

En 2003, tras la cancelación del RMI, con l. 350/2003 se introdujo el *reddito di ultima istanza* (RUI), en favor de los sujetos no cubiertos por otros amortiguadores sociales: la medida, cuyo contenido era similar al precedente RMI, tenía el límite de la cofinanciación Estado-Regiones: el Estado se comprometía a financiar las Regiones que hubiesen introducido la renta de última instancia, herramienta de acompañamiento económico a los programas de reinserción social para familias a riesgos de marginación social. El RUI conoció vida breve, tras el juicio de inconstitucionalidad de 2004 por violar las competencias exclusivas regionales en materia asistencial<sup>17</sup>.

En los años siguientes el legislador introdujo varias medidas, cuyo montante estaba supeditado a la disponibilidad financiera en la ley de presupuestos<sup>18</sup>, para hacer frente a la pobreza familiar: es el caso de la *social card* en 2008 y del SIA en 2013: la *social card* era una especial tarjeta de crédito destinada a los ciudadanos menos acomodados para la compra de géneros alimenticios y el pago de las tarifas energéticas; el SIA (*sostegno per l'inclusione attiva*) consistía también en una tarjeta de

<sup>13</sup> Véase COM(2017) 251 final, Propuesta de proclamación interinstitucional sobre el pilar europeo de derechos sociales.

<sup>14</sup> Véase SOMMA, A.: “Il diritto del lavoro dopo i Trenta gloriosi”, *Lavoro e diritto*, 2018, pág. 315.

<sup>15</sup> Véase ALES, A.: *Diritti sociali e discrezionalità del legislatore nell'ordinamento multilivello: una prospettiva giuslavoristica*, in VV.AA., *Lavoro, diritti fondamentali e vincoli economico-finanziari nell'ordinamento multilivello. Atti delle giornate di studio di diritto del lavoro. Foggia, 28-30 maggio 2015*, Milano, Giuffrè, 2016, pág. 255.

<sup>16</sup> La Comisión, presidida por el prof. Onofri, fue nombrada en 1997 por el gobierno Prodi para proponer una reforma orgánica del estado social italiano: por el texto completo de análisis y propuestas elaboradas por la Comisión véase [http://www.fondazionepromozionesociale.it/PA\\_Index/118/118\\_la\\_relazione\\_conclusiva.htm](http://www.fondazionepromozionesociale.it/PA_Index/118/118_la_relazione_conclusiva.htm).

<sup>17</sup> Véase Corte cost., 29.12.2004, n. 423, in *Foro amministrativo*, 2004, pág. 3418.

<sup>18</sup> Véase CINELLI, M.: *Diritto della previdenza sociale*, Torino, Giappichelli, 2016, pp. 481-482.



crédito (*carta SLA*) para las familias en condiciones de marginalidad social, que hubiesen tomado parte a proyectos de activación social y laboral.

De todas formas, en Italia hasta 2017 no existía una medida universal contra la pobreza, quedando Italia y Grecia los únicos países desprovistos de una renta mínima garantizada, según lo subrayado por el Parlamento Europeo<sup>19</sup>: el modelo de *welfare* no se había alejado de la tradicional perspectiva sur-mediterránea, en la que la protección contra la pobreza se fundamenta indirectamente en el status de trabajador (sistema de generosos amortiguadores sociales y fuerte protección de los ocupados)<sup>20</sup> y en los mecanismos de solidaridad intrafamiliar<sup>21</sup>.

#### IV. EL *REDDITO DI INCLUSIONE*: REQUISITOS Y FUNCIONAMIENTO

El *reddito di inclusione* o REI ha sido introducido por el d.lgs. 147/2017<sup>22</sup>, y es definido como medida única nacional de contraste a la pobreza (art. 2). La perspectiva axiológica y normativa del legislador entrelaza marginalidad social, privación material y familia, al definirse pobreza «la condición del núcleo familiar cuya condición económica no permite disponer del conjunto de bienes y servicios necesarios para conducir un nivel de vida digno» (art. 1).

La ley goza de aprecio por sistematizar el precedente cuadro legislativo muy fragmentario en materia de lucha a la pobreza, en el marco de lo previsto por el art. 38 de la Constitución: desde el 1 de enero de 2018 el REI es una medida de carácter estructural, única en cuanto a contraste a la pobreza y a la exclusión social, financiada con recursos estatales y erogada por el Instituto Nacional de la Seguridad Social (*Istituto Nazionale della Previdenza Sociale* o INPS). En otras palabras, como del resto subrayado por la misma ley, el REI representa el nivel esencial de las prestaciones relativas a los derechos sociales, a asegurarse en todo el territorio nacional *ex* art. 117 de la Constitución: es verdad que la asistencia social cabe en las materias de competencia exclusiva de las Regiones, que pueden intervenir al respecto, pero el Estado no abdica a su función redistributiva a lo largo de todo el territorio nacional determinando y erogando semejante medida.

La intervención del legislador nacional es respaldada por la jurisprudencia de la Corte constitucional, que en 2010 ha reconocido conforme al *bill of rights* italiano la así llamada *social card*, medida experimental que consistía en una tarjeta de crédito con importe máximo mensual predeterminado para compras, destinada a las familias más pobres y distribuida por el INPS. Según la Corte la *social card* podía ser subsumida *ratione materiae* en la competencia exclusiva estatal de determinar el nivel esencial de las prestaciones sociales; sin embargo, los jueces constitucionales han seguido un enfoque argumentativo “centrípeto”, abandonando el precedente criterio “centrifugo”<sup>23</sup>, y han justificado la restricción de la competencia normativa regional por parte del Estado para garantizar un «derecho fundamental que, en cuanto estrictamente relacionado con el núcleo irrenunciable de la dignidad de la persona humana (...), debe ser garantizado en todo el territorio nacional de manera uniforme, apropiado y oportuno»<sup>24</sup>. ¡Qué lástima que la perspectiva personalista de la Corte constitucional haya sido desmentida por el *dictum* normativo, si se considera el importe irrisorio de la medida, que se cifraba en apenas 1,33 euros por día!<sup>25</sup>

<sup>19</sup> European Parliament, *Minimum income policies in EU member States*, April 2017, pág. 63. Grecia introdujo con l. 4403/2016 la renta de solidaridad social, destinada a ser implementada progresivamente en varias municipalidades.

<sup>20</sup> De todas formas, el mercado del trabajo italiano ha sido reformado profundamente en 2015 con el así llamado *Jobs Act*, que ha fuertemente liberalizado la técnica de tutela en caso de despido ilegítimo, ya que la reintegración es prevista únicamente en caso de despido discriminatorio, intimado oralmente, y en los casos de nulidad específicamente contemplados por la ley; y que ha reducido el alcance del principal amortiguador social, la *cassa integrazione guadagni*.

<sup>21</sup> Véase CAVALLARO, L.: *A cosa serve l'articolo 18*, Roma, Manifestolibri, 2012, pp. 45-46.

<sup>22</sup> D.lgs. 15 settembre 2017 n. 147, Disposizioni per l'introduzione di una misura nazionale di contrasto alla povertà.

<sup>23</sup> En 2004 la Corte costituzionale declaró inconstitucional el RUI (véase *sub* III), ya que – en cuanto providencia asistencial – constituía medida de competencia exclusiva de las Regiones.

<sup>24</sup> Véase Corte cost., 11.1.2010, n. 10, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2010, pág. 135, con nota de SAITTO.

<sup>25</sup> Véase BRONZINI, G.: *cit.*, pág. 239.

A nivel dogmático el REI pertenece a la categoría de la renta mínima garantizada, ya que se fundamenta en el criterio del universalismo selectivo<sup>26</sup> para la individuación de la platea de beneficiarios: los miembros del núcleo familiar tienen que suscribir un pacto específico con la red de servicios sociales, que conformemente a la perspectiva de la condicionalidad de la *soft law* europea prevé la adhesión a un proyecto personalizado de activación e inclusión social y laboral finalizado a la emancipación de la familia, pena la decadencia del beneficio en los casos más graves.

La condicionalidad tiene una caracterización muy estricta a lo largo de todo el proyecto<sup>27</sup>, y dado que el REI es una medida colectiva, prevé la responsabilización de todo el núcleo familiar: con arreglo al art. 12, si también uno sólo de sus miembros no se presenta a las convocatorias del servicio competente, o si no toma parte a las iniciativas de orientación organizadas por los centros para el empleo, hay en primer lugar la reducción de una mensualidad del REI y, en el caso de reincidencia, la decadencia de la prestación. Hay decadencia inmediata en el caso de falta de participación a una medida de formación, recualificación, política activa, y también en presencia de rechazo de una oferta congrua de trabajo. En el supuesto de falta de respeto de otros compromisos del proyecto (frecuencia escolar y conductas de prevención y cuidado de la salud individuadas por los profesionales sanitarios), el procedimiento es más gradual: la decadencia del REI se configura como *extrema ratio* tras el persistir de la inaptitud a la cooperación.

Por fin, la perspectiva de la condicionalidad se refleja también en la duración de la medida: el *benefit* no puede exceder los 18 meses continuativos, y puede renovarse por otros 12 meses tras un periodo de carencia de 6 (art. 4.5).

Sin dudas, el involucramiento de la familia presupone un papel central de los servicios públicos para el empleo (*centri per l'impiego*), que tendrán que plasmar un programa de inserción social y laboral no sólo individual, sino también colectivo: para el buen funcionamiento del sistema no cabe duda de que es imprescindible potenciar el orgánico de esta rama de la pública administración, que tras la reforma constitucional de 2001 depende de las Regiones.

El REI se dirige a las familias, pero sólo un miembro de la familia misma puede presentar la relativa solicitud a los entes competentes: un grave olvido del legislador es la falta de portabilidad de la medida en el caso de que el beneficiario, tras la aprobación de la solicitud y la predisposición del plan personalizado, esté metido en la cárcel (condena definitiva, prisión provisional) y, no pudiendo atender a las actividades del programa, pierda el beneficio, y con él la familia. Este aspecto habría necesitado más atención no sólo desde la perspectiva igualitaria y personalista subyacente al REI, herramienta de corrección de las desigualdades, sino también desde el enfoque reeducativo del sistema penal: no hay que olvidar que, con arreglo al art. 27 de la Constitución italiana, las penas deben tender a la reinserción del condenado.

Otra criticidad estriba en la eficacia de la medida, que se dirige sólo a las familias en condiciones de extrema pobreza, si se tienen en cuenta los requisitos de admisión y el importe: el *means test* prefigurado por el legislador hace muy estrecha la platea de las familias beneficiarias; más en particular, queda excluida la propiedad de unos bienes (vehículos de motor, automóviles, naves e embarcaciones de recreo), y el núcleo familiar tiene que colocarse por debajo de unos umbrales de patrimonio y de renta: la ley descompone analíticamente la condición económica de la familia en parámetros de distinta naturaleza para comprobar su condición de pobreza<sup>28</sup>.

<sup>26</sup> Véase ALAIMO, A.: "Il reddito di inclusione attiva: note critiche sull'attuazione della legge n. 33/2017", *Rivista del diritto della sicurezza sociale*, 2017, pág. 427.

<sup>27</sup> Véase CORTI, M. Y SARTORI, A.: *Il reddito di inclusione: un nuovo strumento per l'integrazione sociale e lavorativa*, *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2018, III, pág. 51.

<sup>28</sup> Más precisamente, el patrimonio mobiliario no tiene que ser superior a los 6.000 euros, crecido hasta 2.000 euros por cada miembro del núcleo familiar sucesivo al primero, hasta un máximo de 10.000 euros; el patrimonio inmobiliario no puede exceder los 20.000 euros con exclusión del edificio de viviendas; el ISEE (indicador de situación económica equivalente, calculado entrelazando el número de componentes del núcleo familiar con la suma de las rentas y del patrimonio inmobiliario y mobiliario) no puede ser superior a los 6.000 euros, el ISRE (indicador de la situación de renta equivalente, calculado dividiendo la renta de la familia por el número de componentes) a los 3.000 euros. Sobre

(...)

*Last but not least*, para reducir ulteriormente el perímetro aplicativo del REI, en sede de primera aplicación (hasta el 30 de junio de 2018), al núcleo familiar se ha pedido la existencia de una o más de las siguientes condiciones: presencia de un menor de edad de 18 años; de una persona minusválida y por lo menos de uno de los padres o de un tutor; presencia de una mujer en estado de embarazo certificado. Si todas estas condiciones se leen conjuntamente al importe máximo del REI (539,82 euros por mes en el caso de núcleo familiar con seis o más componentes)<sup>29</sup>, la filosofía del universalismo (aún) selectivo en la lucha contra la marginalidad es poco más que una declaración de principio, en un país como Italia donde se registra un crecimiento constante de las desigualdades, sobre todo en el Sur.

La platea de beneficiarios conoce una ulterior restricción en función del *status civitatis* y de la residencia: de hecho, en el marco del núcleo familiar el solicitante tiene que ser ciudadano italiano, de la Unión Europea, o ciudadano de un país tercero titular del permiso de residencia UE de larga duración (permiso a tiempo indefinido otorgado, *inter alia*, tras residir en Italia regularmente desde mínimo cinco años); además, tiene que residir en Italia, de manera continuativa, desde por lo menos dos años al momento de presentación de la solicitud (art. 3). A nivel práctico, quedan excluidas de la medida las familias de inmigrados regulares con permiso de residencia a tiempo definido. Esta otra contracción a la universalidad de la tutela presenta un perfil de contraste no sólo con el principio constitucional de razonabilidad, sino también con el derecho europeo antidiscriminatorio: más precisamente la directiva 2011/98/UE establece la parificación integral entre *cives* y *non cives* en materia de seguridad social<sup>30</sup>. El principio paritario puede ser derogado sólo si el legislador nacional declare expresamente de acogerse a esta facultad, que falta en el caso del REI. En tiempos recientes la misma Corte de Justicia, a la luz de la directiva de 2011, ha afirmado que viola el derecho antidiscriminatorio la normativa italiana que otorga los beneficios económico-asistenciales en favor de las familias numerosas bajo unos umbrales de renta (*assegno in favore dei nuclei familiari con tre o più figli minorenni*) únicamente a italianos, ciudadanos UE, nacionales de terceros países que gozan del estatuto de refugiado político o de la protección subsidiaria y titulares de permiso de residencia de larga duración<sup>31</sup>. El legislador, para cumplir con el derecho europeo (y sobre todo con el sentido común de humanidad), debería modificar la ley borrando el requisito del permiso de larga duración.

No cabe duda de que todos estos límites se relacionan con la escasez de recursos públicos, determinado considerablemente por las políticas de austeridad de origen euro-unitaria: el “Estado-Mercado”, que se ha puesto al servicio del mercado y de los poderes económicos y financieros dominantes<sup>32</sup>, tiene que respetar los estrechos parámetros presupuestarios contenidos en el TFUE, en el Tratado sobre el *Fiscal Compact* y en los Reglamentos conocidos como *Six Pack* y *Two Pack*: tratase de herramientas jurídicamente vinculantes que, si no observadas, pueden determinar la irrogación de sanciones por parte de la Comisión Europea al Estado insolvente. Y para más, en Italia los vínculos del *Fiscal Compact* han sido constitucionalizados (es también el caso de España) con la reforma constitucional de 2012, que prevé el equilibrio presupuestario de todos los entes constitutivos de la República (Estado, Regiones, Provincias y Ayuntamientos). Esto demuestra sin dudas la esquizofrenia (y también la hipocresía) del legislador europeo que, si por un lado invita los

las técnicas legislativas de comprobación de la pobreza y su fundamentación constitucional y doctrinal véase SANDULLI, P.: “Disagiati condizioni economiche e sicurezza sociale”, *Il diritto del lavoro*, 1989, pp. 291-303.

<sup>29</sup> La ley de presupuestos generales del Estado determina cada año el *quantum* máximo del REI: para el 2018 véase <http://www.lavoro.gov.it/temi-e-priorita/poverta-ed-esclusione-sociale/focus-on/Redditodi-Inclusione-ReI/Pagine/default.aspx> (último acceso 2 de agosto de 2018).

<sup>30</sup> Véase art. 12, par. 1, letras e, g de la Directiva 2011/98/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011 por la que se establece un procedimiento único de solicitud de un permiso único que autoriza a los nacionales de terceros países a residir y trabajar en el territorio de un Estado miembro y por la que se establece un conjunto común de derechos para los trabajadores de terceros países que residen legalmente en un Estado miembro.

<sup>31</sup> Corte de justicia UE 21 de junio 2017, C-449/16, *Kerly Del Rosario Martínez; Silva/Istituto nazionale della previdenza sociale (INPS), Comune di Genova*.

<sup>32</sup> Véase MONEREO PÉREZ, J.L.: “El derecho del trabajo y el legislador de la crisis económica. Técnica legislativa y política del derecho social”, *Revista general de derecho del trabajo y de la seguridad social*, 2014, 38, pág. 26.

Estados a introducir una forma de renta mínima garantizada en clave redistributiva, por el otro introduce apremiantes vínculos financieros que frustran una eficaz lucha contra la marginalidad social, por lo menos en los Estados más endeudados como Italia.

## V. EL REDDITO DI INCLUSIONE EN EL MARCO COMPETENCIAL ESTADO-REGIONES

El sistema italiano de asistencia social se caracteriza por una marcada regionalización tras la reforma constitucional de 2001, que ha profundamente modificado la distribución de competencias entre Estado y Regiones, abandonando el precedente modelo centralista<sup>33</sup>. Esta tendencia hacia la descentralización político-administrativa formaliza en la *Gründnorm* la ordenación entre fuentes del derecho esbozada casi simultáneamente (desde finales de los 90) por la legislación estatal.

Como se verá analíticamente, el modelo de asistencia social asume una configuración estructural fragmentaria y polifacética, sea en lo que se refiere a los eventos protegidos sea en lo que atañe al *quantum* de la prestación y a los destinatarios de la técnica de tutela. Todo esto obviamente tiene implicaciones muy concretas en la lucha contra la pobreza y la protección de la familia, engendrando un considerable contencioso en la jurisprudencia constitucional e intervenciones rapsódicas por los poderes públicos nacionales y locales.

El nuevo texto del art. 117 contempla tres modalidades diferentes de distribución de competencias Estado-Regiones, de manera bastante similar al modelo constitucional español de 1978: competencias exclusivas del Estado (apartado 2); competencias concurrentes Estado-Regiones, en las que el Estado fija los principios generales a detallar por las mismas Regiones (apartado 3); por fin, competencias exclusivas de las Regiones, al no caber en las materias expresamente reservadas *ratione materiae* al Estado (apartado 4). A primera vista la asistencia social es prerrogativa exclusiva de las Regiones, puesto que no es mencionada ni entre las materias estatales ni entre aquellas de competencia concurrente<sup>34</sup>. Sin embargo, como visto antecederentemente en el caso de la *social card*, el Estado puede desempeñar un papel activo en la asistencia y beneficencia pública, ya que entre sus competencias exclusivas cabe la «determinación de los niveles asistenciales de las prestaciones relativas a los derechos civiles y sociales que tienen que ser garantizados en todo el territorio nacional»: las Regiones nunca podrán derogar *in pejus* a las prestaciones y condiciones de acceso previstas por la ley estatal<sup>35</sup>.

La misma incertidumbre es presente en la legislación ordinaria: la ley 328/2000 creadora del sistema integrado de intervenciones y servicios sociales, a pesar de la noble intención de predisponer un sistema omnicomprensivo de tutela de la persona, se caracteriza por el empleo de una terminología enfática en detrimento de la concreta individuación de los institutos jurídicos<sup>36</sup>; de hecho, la ley prevé genéricamente – con arreglo a lucha contra la deprivación material y a la tutela de las familias indigentes – que constituyen prestaciones esenciales a asegurarse en todo el territorio nacional «las medidas de contraste a la pobreza y de soporte a la renta ...» y que «el sistema integrado de intervenciones y servicios sociales se realiza a través de políticas y prestaciones coordinadas en los distintos sectores de la vida social, integrando servicios a la persona y al núcleo familiar» (art. 22). A luz de la ley 328/2000 el REI, a pesar de todas las limitaciones antecederentemente analizadas, representa sin embargo un nivel esencial de prestaciones analíticamente definido.

<sup>33</sup> Véase BERGO, M.: *Il diritto sociale frammentato. Principio di sussidiarietà e assistenza sociale*, Padova, Cedam, 2013, pp. 376-377.

<sup>34</sup> Véase PALLINI, M.: *Art. 117*, AMOROSO G., DI CERBO V. Y MARESCA A. (Dirs.), *Il diritto del lavoro. Volume I. Costituzione, codice civile e leggi speciali*, Milano, Giuffrè, 2011, pp. 446-447.

<sup>35</sup> Véase LAGALA, C.: “Le Regioni e il sistema di sicurezza sociale dopo la legge di riforma costituzionale n. 3 del 2001”, *Rivista del diritto della sicurezza sociale*, 2002, pág. 374.

<sup>36</sup> Véase ALES, A.: “Diritto del lavoro, diritto della previdenza sociale, diritti di cittadinanza sociale: per un «sistema integrato di microsystemi»”, *Argomenti di diritto del lavoro*, 2002, pág. 1000; BERGO, M.: *cit.*, pp. 376-377. Por un análisis detallado de la ley 328/2000 véase PERSIANI, M.: *Diritto della previdenza sociale*, Padova, Cedam, 2014, pp. 387-398.

En lo que se refiere a los distintos niveles de poderes públicos involucrados, la ley atribuye un papel central a los ayuntamientos, a los que se acompañan el Estado y las Regiones: con frecuencia trienal el Estado elaborará el Plan Nacional de Intervenciones y Servicios Sociales, en el que se individualizan los elementos básicos del sistema (prestaciones y modalidades de implementación) a asegurar en todo el territorio nacional, en concreto implementados por las Regiones a través de leyes regionales específicas que definen un sistema socio-asistencial de servicios integrados (art. 8); por fin, los ayuntamientos – en forma individual o asociada (*piano di zona*) – erogarán concretamente los servicios y las prestaciones económicas no reservados a Estado y Regiones (art. 6).

Este modelo de programación tridimensional, por como brevemente descrito, omite la definición de modalidades, fases y tiempos del desarrollo de las intervenciones que hay que poner en marcha, sobre todo a nivel regional, con un elevado margen de autonomía reconocido a cada Región<sup>37</sup>. Por lo tanto, en la política legislativa de asistencia social se han sucedido y han coexistido leyes estatales y regionales (e incluso determinaciones administrativas de unos varios ayuntamientos) que han dado a luz a medidas de lucha a la pobreza a favor de los sujetos y de las familias más vulnerables.

En virtud de la regionalización del sistema de asistencia social *ex* art. 117 Cost., varias Regiones han introducido por vía legislativa medidas económicas de lucha contra la pobreza, a partir de las leyes regionales de Lazio (2009)<sup>38</sup> y Campania (2004)<sup>39</sup>, que tenían carácter experimental<sup>40</sup>. Hoy en día seis Regiones tienen su propio sistema de transferencias monetarias para familias en condiciones de marginalidad social, es decir Puglia<sup>41</sup>, Sardinia<sup>42</sup>, Emilia-Romagna<sup>43</sup>, Provincia Autonoma di Trento<sup>44</sup>, Valle D'Aosta<sup>45</sup> y Friuli-Venezia Giulia<sup>46</sup>. Las medidas, variamente denominadas, tienen fuertes similitudes con el REI, al ser finalizadas a luchar contra la pobreza en su dimensión familiar (y no individual)<sup>47</sup>, al fundamentarse en las lógicas de *workfare* y *occupability* y al ser sujetas al *means test*.

Estos subsidios regionales, introducidos en el bienio 2015-2016, han anticipado sobre base local el REI; hasta el 1 de enero de 2018 *nulla quaestio*, frente a la ausencia de medidas estatales, al estarse en frente de un modelo de federalismo puramente competitivo, sin un mínimo común denominador nacional con carácter permanente: las Regiones más ricas podían hacer frente con más eficacia a la lucha contra la privación material de las familias, con prestaciones dependientes no tanto del estado de necesidad, sino del lugar de residencia<sup>48</sup>.

Sin embargo, el problema de la igualdad ha sido parcialmente solucionado con la entrada en vigor del d.lgs. 147/2017, que individualiza claramente el REI como medida esencial en todo el territorio nacional conformemente al espíritu solidarista e igualitario de la carta constitucional: también en las regiones más pobres del Sur de Italia, donde más alta es la tasa de desempleo y donde menores son los ingresos fiscales, hay un subsidio nacional, frente a la ausencia de medidas locales (es el caso, a título paradigmático, de Sicilia). De todas formas, las Regiones más virtuosas podrán aumentar con propios recursos el importe del subsidio por encima del mínimo estatal; o extenderlo a una platea más amplia de beneficiarios (arts. 2.10 y 14.6 d.lgs. 147/2010)<sup>49</sup>. Por

<sup>37</sup> Véase D'ARCANGELO, L.: "Quale programmazione per un welfare locale?", *Rivista del diritto della sicurezza sociale*, 2006, pág. 467.

<sup>38</sup> L.r. 4/2009 que instituye el *reddito minimo garantito*.

<sup>39</sup> L.r. 2/2004 que instituye el *reddito minimo di cittadinanza*.

<sup>40</sup> Para los detalles de las leyes véase BOZZAO, P.: cit., pág. 611.

<sup>41</sup> L.r. 3/2016 que instituye el *reddito di dignità regionale*.

<sup>42</sup> L.r. 18/2016 que instituye el *reddito di inclusione sociale*.

<sup>43</sup> L.r. 24/2016 que instituye el *reddito di solidarietà*.

<sup>44</sup> L.p. 20/2016 que instituye el *assegno unico provinciale*.

<sup>45</sup> L.r. 18/2015 que instituye las *misure di inclusione attiva e di sostegno al reddito*.

<sup>46</sup> L.r. 15/2015 que instituye la *misura attiva di sostegno al reddito*.

<sup>47</sup> La única excepción es Valle D'Aosta, donde la medida tiene una configuración individual.

<sup>48</sup> Véase DURANTE, A.: "Il reddito di cittadinanza: verso un nuovo modello di protezione sociale?", *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2004, I, pág. 412.

<sup>49</sup> Véase ALAIMO, A.: cit., pág. 437.

ejemplo, en julio de 2018 la Región Emilia-Romagna ha modificado la ley de 2016 institutiva del *reddito di solidarietà* (homologo local del REI), y ha expresamente previsto su destinación a las familias receptoras del REI con función integradora: hay una aumentación del *quantum* de la medida económica y un superávit de ulteriores y específicas intervenciones para la inserción laboral<sup>50</sup>. De semejante manera, en el caso de Friuli-Venezia Giulia la medida regional (*misura attiva di sostegno al reddito*) es erogada a los residentes en el territorio regional, cuyo valor mensual es par a 185 euros por mes para familias sin hijos, a 235 euros para familias con un hijo menor de 18 años, y a 285 euros para núcleos familiares con dos o más hijos menores de edad<sup>51</sup>.

El mismo legislador nacional es consciente de la necesidad de favorecer una cierta homogeneidad en la erogación de las prestaciones complementarias, y por lo tanto ha instituido la Red de la protección y de la inclusión social, compuesta por representantes de los Ministerios de Hacienda, Salud, Educación y Trabajo, de las Regiones y de los Ayuntamientos (art. 21 d.lgs. 147/2017). En cualquier caso, el organismo desempeña funciones meramente consultivas y de intercambio de buenas prácticas, y tiene la barrera infranqueable de no poder modificar el principio de autofinanciación sobre base regional de las medidas complementarias al REI.

En resumidas cuentas, semejante sistema regional de lucha a la pobreza familiar, antes exclusivo o casi y hoy complementario al estatal, contribuye a fomentar las desigualdades sobre base territorial: *last but not least*, la medida local se reconoce sólo a quien resida en el territorio de la Región, que por lo tanto no podrá exportarla en el caso de movilidad intra-regional cambiando residencia<sup>52</sup>; además, las Regiones piden una residencia cualificada de varios meses del solicitante para la erogación del beneficio, con el intento de limitar el “turismo social”<sup>53</sup> entre entidades locales distintas, incluso cercanas. Por ejemplo, Emilia-Romagna, Friuli-Venezia Giulia, Valle D’Aosta y Sardinia piden una residencia continuativa de 24 meses en sus territorios, Provincia Autonoma di Trento de 36 meses en el decenio antecedente a la solicitud, mientras Puglia sólo requiere doce meses.

Igual que por el REI, la residencia cualificada en la Región puede ser un factor de discriminación indirecta sobre todo para los inmigrantes que tengan un permiso de residencia inferior a los plazos de las varias leyes regionales, y que por lo tanto quedarían excluidos de la medida sin ninguna razón justificadora de la compresión del derecho a una existencia libre y digna: ya desde 2011 la Corte constitucional considera como nueva frontera de las discriminaciones asistenciales la residencia cualificada en el territorio regional como requisito para acceder al *welfare* local<sup>54</sup>. *De jure condendo* los legisladores regionales deberían modificar las condiciones de acceso a la medida, conformemente al derecho europeo antidiscriminatorio y a la recién jurisprudencia de la Corte de Justicia y de la Corte constitucional.

<sup>50</sup> Art. 2 l.r. 24/2016.

<sup>51</sup> Véase <http://www.regione.fvg.it/rafvfg/cms/RAFVFG/famiglia-casa/politiche-famiglia/FOGLIA14/> (último acceso 1 de agosto de 2018).

<sup>52</sup> Véase, e.g., el art. 7.2 de la l.r. de Emilia-Romagna, que establece la decadencia de la medida regional (*reddito di solidarietà*) en caso de pérdida de residencia en uno de los ayuntamientos de Emilia-Romagna.

<sup>53</sup> Véase GALLO, G.: *Le misure regionali di reddito minimo in Italia*, 2017, [www.caritas.it](http://www.caritas.it).

<sup>54</sup> Véase – *ex plurimis* – Corte cost., 9 de febrero de 2011, n. 40, en *Rivista giuridica del lavoro e della previdenza sociale*, 2012, II, pp. 155-162, con nota de NUNIN: la Corte declaró la ilegitimidad constitucional de la l.r. 6/2006 de la Región Friuli-Venezia Giulia, que otorgaba el acceso al sistema regional integrado de servicios sociales a quienes residiesen desde por lo menos 36 meses en el territorio regional y que fueran ciudadanos europeos (quedando fuera los inmigrantes regulares); Corte cost., 25 de mayo de 2018, n. 107, in *Diritto & Giustizia*, 31 maggio 2018: según la Corte es contraria a la carta fundamental la l.r. 6/2017 de Véneto, que individuaba como criterio preferencial para acceder a los nidos regionales el ser hijo de padres residentes desde por lo menos quince años en Véneto, de manera también no continuativa, o que trabajen en Véneto sin interrupciones desde por lo menos quince años.

## VI. CONCLUSIONES: HACIA UN MODELO FRAGMENTADO Y DESIGUAL DE LUCHA CONTRA LA POBREZA FAMILIAR

El breve análisis del REI y de las medidas regionales demuestra como en Italia la lucha contra la privación material de la familia necesite otra amplia y robusta intervención legislativa, para realizar o tender idealmente a la igualdad sustantiva: sin dudas por primera vez el legislador nacional ha creado una medida estructural de lucha contra la pobreza, que garantiza el mínimo vital sobre la base de la activación del núcleo familiar en programas socio-laborales; en cualquier caso el importe máximo de la medida es muy escaso (539,82 euros mensuales para familias con 6 o más componentes) y su obtención es una verdadera “carrera de obstáculos” por los estrechos requisitos de admisión y los rígidos mecanismos de condicionalidad una vez admitidos al programa.

Y, por si fuera poco, el sistema en su conjunto es fuertemente discriminatorio: a nivel nacional quedan excluidos del REI los inmigrantes regulares no titulares de permiso de larga duración; a nivel local no podrán beneficiar la medida los que no residan desde un periodo mínimo en el territorio de la Región. Con una verdadera heterogénesis de los fines las medidas nacionales y regionales, nacidas con la noble intención de desarraigar la pobreza familiar, crean ulteriores formas de discriminación, contribuyendo a dar lugar a una “guerra entre pobres”.

Obviamente (y sería muy ingenuo omitirlo) los derechos sociales, y sobre todo los de prestación en los que cabe el REI, son intrínsecamente condicionados a la disponibilidad económica del decisor político<sup>55</sup>, hoy en día muy reducida frente a los vínculos presupuestarios neoliberales de origen europeo y al endeudamiento del Estado y de las colectividades territoriales. De todas formas, la falta de un adecuado sistema de tutela contra la pobreza colectivo-familiar, no es una cuestión meramente aritmética, sino que tiene una precisa caracterización ideológico-política: la política está aún vinculada a un modelo de tutela contra la pobreza fundamentado en el ciudadano en cuanto trabajador, y es recalcitrante a otorgar providencias universales «a cada quien de acuerdo a sus necesidades», para decirlo con Marx.

Esta tendencia es aún más evidente si se toma en cuenta el actual debate político italiano, en el que varias fuerzas políticas (*in primis* el Movimento cinque stelle) proponen la introducción del *reddito minimo di cittadinanza*: en este caso no se trata de una forma peculiar de renta de ciudadanía, sino de un uso impropio de la terminología técnica que cela la voluntad de implementar – en lo que se refiere al *quantum* y a los beneficiarios – un sistema ya existente de renta mínima garantizada.

Las técnicas de tutela contra la pobreza familiar, igual que los demás derechos sociales, tienen una indudable historicidad condicionada<sup>56</sup>: hoy en día la impresión es que, por lo menos a nivel nacional, la previsión constitucional del art. 38, que garantiza la libertad de las necesidades a quienes carezcan de medios necesarios para vivir, quede letra muerta. Con la consecuencia ulterior que se frustre la fundamentación holística de la comunidad política, según lo previsto por el art. 3 de la constitución, que considera la remoción pública de los obstáculos económicos y sociales como la *conditio sine qua non* para «el pleno desarrollo de la persona humana y la participación efectiva de todos los trabajadores en la organización política, económica y social del País».

<sup>55</sup> Sobre la caracterización de los derechos asistenciales como derechos condicionados véase BALDASSARRE, A.: *Diritti sociali*, Enciclopedia giuridica Treccani, Roma, Treccani, 1989, XI, pág. 31, que de todas formas subraya como la discrecionalidad del legislador no sea plena e incondicionada.

<sup>56</sup> Véase PASSANITI, P.: “Diritto del lavoro e rappresentanza politica. Una riflessione sulla storicità dei diritti sociali”, *Lavoro e diritto*, 2018, pág. 291.





# CAPÍTULO XI. CUESTIONES CONTROVERTIDAS EN LA PRESTACIONES DE MUERTE Y SUPERVIVENCIA POR VIOLENCIA DE GÉNERO

MARÍA ELISA CUADROS GARRIDO

*Abogada*

*Profesora Asociada de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de Murcia*

## I. DELIMITACIÓN

La pensión de viudedad no solo está sometida a las transformaciones experimentadas por la cambiante estructura familiar (incorporación de parejas de hecho, matrimonios homosexuales, etc.) sino que también está condicionada por nuevas realidades sociales que van emergiendo, por esta razón puede afirmarse que es una de las prestaciones que más se ha modificado desde su implantación<sup>1</sup>. Una de esas realidades de lamentable actualidad es la de la violencia de género<sup>2</sup>, gran lacra de la sociedad actual: en los primeros seis meses del año 2018, 23 mujeres han sido asesinadas en España por sus parejas o exparejas, en total 947 desde el 1 de enero de 2003, cuando se empezaron a contabilizar<sup>3</sup>. Este tipo de violencia constituye un fenómeno transversal que no implica su mayor presencia en una determinada clase social o en una concreta franja de edad. La violencia machista contra las mujeres constituye una manifestación de la desigualdad existente entre hombres y mujeres, así ha sido reconocido por todos los foros internacionales de tutela de los derechos humanos entre los más destacables el Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica<sup>4</sup>.

La Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre de medidas de protección integral contra la violencia de género<sup>5</sup>, tiene por objeto actuar contra la violencia, con la pretensión de cumplir tal objetivo establece un conjunto de medidas de protección integral cuya finalidad es «prevenir, sancionar y erradicar esta violencia», así como «prestar asistencia a sus víctimas» (art. 1.2).

---

<sup>1</sup> Existen movimientos de ampliación del ámbito subjetivo de esta prestación, pero también de restricción de esa esfera cuando no estamos ante una auténtica pensión de viudedad sino más bien ante lo que, con bastante acierto, se ha llamado pensión asimilada a la viudedad. *Vid.* PANIZO ROBLES J. A.: «La Seguridad Social en los Presupuestos Generales del Estado para 2010 y otras disposiciones legales de reciente aprobación», *RTSS-CEF*, núm. 323, 2010, pág. 147.

<sup>2</sup> Las Naciones Unidas definen la violencia contra la mujer como «todo acto de violencia de género que resulte o pueda tener como resultado un daño físico, sexual, psicológico o económico para las mujeres, inclusive las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la privada», la recomendación a los Estados es que el término legal con el que regulen sea una definición lo más amplia posible en términos parecidos a la definición anterior, *vid.* ONU, Manual de legislación sobre la Violencia contra la Mujer, 2010, [http://www.un.org/womenwatch/daw/vaw/handbook/Handbook-for-legislation-on-VAW-\(Spanish\).pdf](http://www.un.org/womenwatch/daw/vaw/handbook/Handbook-for-legislation-on-VAW-(Spanish).pdf), pág.11. Pese a la afirmación anterior, en España el tipo se ciñe al ámbito de las relaciones afectivas, así la LO 1/2004, de 28 de diciembre de medidas de protección integral contra la violencia de género, en su art.1.1 la define como «la manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia».

<sup>3</sup> elpais.com (30 de julio de 2018) «Cronología de víctimas mortales de violencia de género de 2018» [https://elpais.com/politica/2018/07/19/actualidad/1531992228\\_517680.html](https://elpais.com/politica/2018/07/19/actualidad/1531992228_517680.html)

<sup>4</sup> Convenio de Estambul de 11 de mayo 2011, ratificado por Instrumento de 18 de marzo 2014, en vigor desde el 1 de agosto de 2014 (BOE 6 junio 2014, núm. 136).

<sup>5</sup> Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre. BOE 29 diciembre 2004, núm. 313.

La respuesta al fenómeno de la violencia de género sería incompleta si no se tomaran en consideración los efectos y tensiones que esta situación produce sobre la relación de empleo de la víctima o se eludiera la adopción de medidas que permitan atenuar o eliminar el impacto de la misma sobre el cumplimiento y el desenvolvimiento de la relación laboral o funcional<sup>6</sup>. Ello implica que nos encontramos ante una legislación de carácter transversal que procede a la regulación de la violencia de género en diversos campos, dedicando el capítulo II del Título II a los Derechos laborales y prestaciones de la Seguridad Social -arts. 21 a 23-, desarrollados en la Disposición Adicional séptima, que realiza las correspondientes modificaciones en el ámbito del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Por un lado, el legislador en el ámbito del Derecho del Trabajo ha previsto medidas específicas que afectan a las siguientes materias: El derecho a la reducción y a la reordenación del tiempo de trabajo; movilidad geográfica y al cambio de centro de trabajo; suspensión de la relación laboral con reserva de puesta de trabajo; extinción del contrato de trabajo y faltas de asistencia o puntualidad motivadas por la situación física o psicológica de la trabajadora víctima de violencia de género<sup>7</sup>.

Por otro lado, en el ámbito de la seguridad social, el legislador ha actuado en relación a la pensión de viudedad y a la de orfandad, asimismo cabe descartar el programa, gestionado por el SEPE de apoyo a la inserción laboral de colectivos con especiales dificultades para incorporarse al mercado de trabajo y en situación de necesidad económica conocido como Renta Activa de Inserción que incluye como beneficiarias a las víctimas de violencia de género.

Como es sabido, dentro de los beneficiarios de las prestaciones de muerte y supervivencia, se encuentra el cónyuge, la pareja de hecho y la expareja. Esta última es objeto de nuestro análisis, es sabido que como regla general, el derecho a pensión de viudedad queda condicionado en estos casos, a que la expareja sea acreedora de la pensión compensatoria de carácter civil y a que esa pensión se extinga por el fallecimiento del causante. Constituye una excepción a esta regla general de la necesaria fijación de pensión compensatoria<sup>8</sup> que la excónyuge acredite la condición de víctima de violencia de género en el momento de la separación judicial o divorcio, mediante cualquier medio de prueba de los admitidos en Derecho<sup>9</sup>, realmente cabe preguntarse por qué se ha dejado fuera al colectivo de las víctimas de violencia de género que son pareja de hecho.

La doctrina judicial ha señalado que son tres los requisitos<sup>10</sup> que deben concurrir para que surja la pensión de viudedad a través de esta específica vía:

- Acreditarse la realidad a través de medios probatorios jurídicamente válidos (elemento instrumental)<sup>11</sup>.

<sup>6</sup> GARCÍA ROMERO, B: «La violencia de género desde la perspectiva del derecho del trabajo y de la seguridad social», *Revista Doctrinal Aranzadi Social* núm. 11,2012. (BIB 2012,295).

<sup>7</sup> FRAGUAS MADURGA, L.: «El reconocimiento por la negociación colectiva de los derechos laborales de las víctimas de violencia de género», *Revista Española de Derecho del Trabajo* núm. 188, 2016 (BIB 2016,3186).

<sup>8</sup> Debemos tomar como punto de partida en relación a esta cuestión la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010, la cual vino a modificar la regla introducida por la Ley 40/2007, en el artículo 174.2 del RDL 1/1994, según la cual para todos los supuestos de separación o divorcio se exigía para el reconocimiento de la pensión de viudedad una necesaria dependencia económica una vez extinguido el vínculo conyugal, vinculada al reconocimiento de la pensión compensatoria del artículo 97 del Código Civil. De este modo, a partir del 1 de enero de 2010 se suprime, mediante la mencionada Ley 26/2009, esa necesaria dependencia económica en forma de pensión compensatoria para quienes sean víctimas de violencia de género, es decir, se introduce a partir de dicha fecha una regla especial en los supuestos de separación o divorcio cuando se trate de víctimas de violencia de género.

<sup>9</sup> Sentencia firme, archivo de la causa penal por extinción de la responsabilidad penal por fallecimiento, orden de protección dictada a su favor, informe del Ministerio Fiscal, etc.

<sup>10</sup> Sólo la presencia de estos tres elementos desembocará en el reconocimiento de la pensión de viudedad, debiendo conducir a la denegación de la misma la ausencia de uno de los elementos.

<sup>11</sup> En la STSJ de Andalucía de 23 de febrero de 2017 (AS 2017, 701) se declara que no se puede tener por acreditado que la solicitante era víctima de violencia de género por la simple declaración testimonial de quien reconoció tener amistad íntima con la misma lo que la priva de valor probatorio.

- Ser víctima de violencia de su expareja (elemento material)<sup>12</sup>
- Que exista violencia de género al producirse la separación o divorcio (elemento cronológico)<sup>13</sup>.

En definitiva, el legislador vino a introducir un nuevo matiz para el acceso a la pensión de viudedad, cuando la excónyuge es víctima de violencia, ya no se le compensa con la viudedad por la pérdida de ingresos como renta de sustitución, sino que se permite el acceso a la pensión de viudedad por su condición de víctima, distorsionando la finalidad de la prestación diseñada para excónyuges con otra bien distinta ahora, la de no dejar desprotegida a la mujer víctima de violencia de género<sup>14</sup>.

## II. PENSIÓN DE VIUEDAD DE VÍCTIMA DE VIOLENCIA DE GÉNERO: SITUACIONES ANTERIORES Y POSTERIORES A LA LO 1/2004

### 1. SITUACIÓN ANTERIOR A LA LO 1/2004

Se trata de los supuestos de separación o de divorcio anterior a la entrada en vigor LO 1/2004. En principio, este supuesto es más controvertido que el analizado en el siguiente apartado, ya que el debate es más pacífico en separaciones posteriores por detallar la LO cómo acreditar la situación de víctima de violencia de género.

La doctrina del TS mantiene que para causar pensión por este motivo ha de quedar acreditada la existencia de malos tratos por *cualquier otro medio de prueba admitido en Derecho*. Y cabe preguntarnos ¿qué se entiende por esta cláusula residual? La primera sentencia que abordó el Alto Tribunal sobre esta cuestión es la STS de 26 de enero de 2011<sup>15</sup> que declara que la existencia procedimientos penales entre los esposos por amenazas e insultos antes y con posterioridad a la separación, así como la situación de etilismo crónico padecida por el cónyuge fallecido son medios de prueba suficientes para considerar que concurren las circunstancias para causar la prestación de viudedad.

Posteriormente, la STS de 30 de junio de 2011<sup>16</sup> matiza la anterior doctrina y amplía los supuestos, pues aunque el TS reconoce la sentencia de instancia contiene "la somera mención de que hubo actuaciones penales contra el fallecido esposo", la realidad es que no existe una sentencia en la que se contenga una condena por delito alguno, pero la norma permite que en su defecto, esa situación se ponga de manifiesto a través *por cualquier otro medio de prueba admitido en Derecho*, como es el supuesto que ocupa por lo que procede admitir la casación en base que la existencia de una instrucción contra el excónyuge que se archivó constituye que un medio de prueba para entender que ha existido violencia de género.

En base a lo anterior podemos preguntarnos ¿la existencia de una denuncia, aunque no exista actuación posterior de instrucción penal es suficientemente indiciaria? El TS responde a esta cuestión en la STS de 20 de enero de 2016<sup>17</sup> declarando la existencia de denuncias penales

<sup>12</sup> No merece la calificación de violencia de género una disputa o discusión por cuestiones económicas, sin haberse acreditado agresión alguna en el juicio de faltas, vid. STSJ Galicia 14 de marzo de 2017 (AS 2017,193).

<sup>13</sup> Por ejemplo en la STSJ Madrid 18 de febrero de 2018 (JUR 2018, 92847) se afirma que no concurre el elemento cronológico, ya que el precepto exige que la condición de víctima de violencia de género debe existir en el momento de la separación judicial o el divorcio. En este caso no había habido separación judicial, sino solo divorcio, y en esa fecha 2-7-2008 no existía violencia, que había cesado en 1992, cuando se produjo la separación de hecho, no judicial. Por lo que ha existido un prolongado lapso entre la finalización de la violencia de género en 1992 y el divorcio en 2008, habiendo tenido lugar el fallecimiento del exesposo en el año 2014.

<sup>14</sup> GUTIERREZ PÉREZ, M.: «La pensión de viudedad frente a las distintas realidades familiares y sociales: poligamia y violencia de género bajo el foco de los últimos pronunciamientos judiciales», *Revista Española de Derecho del Trabajo* núm. 210, 2018.

<sup>15</sup> STS de 26 de enero de 2011 (RJ 2011, 2116).

<sup>16</sup> STS de 30 de mayo de 2011 (RJ 2011, 5108).

<sup>17</sup> STS de 20 enero de 2016 (RJ 2016,3).

constituye un serio indicio de que la violencia de género ha existido sin ello que suponga un medio de prueba plena, sino que ha de contextualizarse, pues en el supuesto no es que se hayan declarado inexistentes los hechos denunciados, considerado falsa la denuncia o indemostrada la acusación, sino que se ha retirado la misma, lo que para el TS significa que el *panorama indiciario de violencia* permanezca como si la absolución no hubiera existido. Doctrina que han seguido posteriormente los distintos TTTSJ<sup>18</sup>.

La doctrina de la Sala IV es ratificada y clarificada en pleno un años más tarde, con la STS de 26 de septiembre de 2017<sup>19</sup>, que considera que la existencia de denuncia fecha posterior a la separación que además luego fue archivada por unos daños en el vehículo de la actora y la declaración testifical en el proceso de seguridad social de una sola persona que manifestó que la reclamante había venido sufriendo *amenazas e insultos* mientras estuvo vigente la relación marital, ya que las referidas vejaciones indudablemente tienen encaje en la definición de violencia de género.

En base a la mencionada doctrina del TS, los TTTSJ declaran que son indicios que determinan el reconocimiento de la prestación de viudedad por violencia de género:

- La propia sentencia de separación noticiadora del desentendimiento familiar y la sentencia penal condenatoria por amenazas al hijo<sup>20</sup>.
- La acreditación por medio de dos certificados de 1994 y 1997 de la jefa del negociado del servicio de atención e información a la mujer del Instituto Canario de la Mujer<sup>21</sup>.
- La denuncia posteriormente archivada por malos tratos anteriores a la separación, llevando a la reclamante a dejar la vivienda y a acordar el cambio de la custodia de los hijos, para concluir con el divorcio y la denuncia por amenazas al hijo<sup>22</sup>.
- El hecho de haber sido atendida de forma reiterada en un centro de asistencia a la mujer y la denuncia que se sobreeseyó por renuncia<sup>23</sup>.
- Los informes médicos, denuncias y actuaciones judiciales<sup>24</sup>.
- El problema de alcoholismo que generaba una situación de tensión familiar y problemas económicos<sup>25</sup>.
- La denuncia que resultó sobreeséida por presuntos malos tratos de palabra y obra contra el causante, describiendo un trato habitual vejatorio y amenazante, así como las coacciones padecidas en aras a mantener relaciones sexuales no consentidas<sup>26</sup>.
- La sentencia de separación que estimó la demanda que se basó, entre otras causas, pues la concreción entonces se exigía, en la existencia de malos tratos<sup>27</sup>.
- La sentencia que declara responsable al causante de una falta de injurias y una falta de amenazas, y a la beneficiaria autora de una falta de injurias pero absuelta de la falta de amenazas<sup>28</sup>.

<sup>18</sup> STSJ Cataluña de 12 septiembre de 2017 (JUR 2017, 284964), STSJ Islas Canarias de 26 junio de 2017 (JUR 2017, 281356), STSJ Andalucía de 23 marzo de 2017 (JUR 2017,175363), STSJ Galicia de 15 abril de 2017 (JUR 2016,116801), STSJ de Cataluña de 20 marzo de 2017 (JUR 2017,144947), STSJ Madrid de 23 septiembre de 2016 (JUR 2016, 252346), STSJ Murcia de 4 julio de 2016 (JUR 2016,178669), STSJ Madrid de 24 junio de 2016 (JUR 2016,202888).

<sup>19</sup> STS de 26 de septiembre de 2017 (RJ 2017, 4660).

<sup>20</sup> STSJ Castilla de 4 marzo de 2016. (AS 2016, 472).

<sup>21</sup> STSJ Islas Canarias de 7 marzo 2017 (JUR 2017,66383).

<sup>22</sup> STSJ Islas Canarias de 15 febrero de 2017 (AS 2017, 675).

<sup>23</sup> STSJ de Madrid de 25 noviembre de 2016 (AS 2016, 187).

<sup>24</sup> STSJ Madrid 12 febrero de 2018 (JUR 2018, 92847).

<sup>25</sup> STSJ Andalucía 26 de febrero de 2015 (AS 2015,1040).

<sup>26</sup> STSJ Andalucía de 18 de enero de 2018 (JUR 2018,127516).

<sup>27</sup> STSJ de Castilla y León de 18 de marzo de 2015 (JUR 2015, 141270)

<sup>28</sup> STSJ de Andalucía de 30 enero de 2014 (JUR 2014,130745).

## 2. SITUACIÓN POSTERIOR A LA LO 1/2004

Presenta menos conflictividad judicial, ya que con posterioridad a la LO 1/2004, la condición de víctima de violencia de género es necesario acreditarla ante los juzgados de instrucción o de violencia contra la mujer, o en su caso ante el Ministerio Fiscal en definitiva, se trata de previsiones concordantes con la LOVG:

- La primera opción que se concede para acreditar que se era víctima de violencia de género viene dada por la "sentencia firme o archivo de la causa por extinción de la responsabilidad penal por fallecimiento".
- La segunda opción que la LGSS brinda a la víctima discurre "a través de la orden de protección dictada a su favor o informe del Ministerio Fiscal".
- La última opción es la de "cualquier otro medio de prueba admitido en Derecho".

En este sentido, la STS de 16 de noviembre de 2017<sup>29</sup> estima el recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por el INSS, casa y anula y, resolviendo el debate planteado en suplicación, en el sentido de no considerar acreditado que la beneficiaria ostentase la condición de víctima de violencia de género, por haber presentado, una denuncia por malos tratos psíquicos, pues resultó finalmente archivada, a mayor abundamiento, tal decisión que fue refrendada por el órgano de segundo grado.

Por el contrario, la existencia de una denuncia que dio lugar a que se dictara una orden de alejamiento se considera suficiente para acreditar la condición de víctima de violencia de género<sup>30</sup>

## III. EL COLECTIVO DE HUÉRFANOS DE LAS VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO

La LO 1/2004 introdujo diversas referencias a supuestos en que la víctima de la violencia «fuera una persona especialmente vulnerable que conviva con el autor». A partir del hecho cierto de que solo una mujer puede sufrir violencia de género, también se abre la posibilidad de lucrar derechos para los hijos menores. Esta idea late en la Exposición de Motivos de la LO 1/2004 cuando explica que «las situaciones de violencia sobre la mujer afectan también a los menores que se encuentran dentro de su entorno familiar, víctimas directas o indirectas de esta violencia» Es decir, si el padre ejerce violencia sobre el hijo común y la madre se enfrenta por tal motivo estamos ante un indicio de violencia de género. Al igual que cabe la discriminación a través de persona interpuesta no es descartable que se ejerza la violencia sobre la pareja dañando al hijo común, máxime si ha manifestado hechos que perjudican al agresor. Debemos poner de relieve que es precisamente la LGSS la que no ha cerrado el concepto de víctima de violencia de género a los términos recogidos en la LO 1/2004<sup>31</sup>.

Son beneficiarios de la pensión de orfandad los hijos de la causantes fallecidas por violencia de género siempre que esta cumpliera los requisitos generales para causar este tipo de pensión, en los supuestos de que el beneficiario de la misma sea menor o se trate de persona con capacidad judicialmente modificada, la prestación es abonada al progenitor sobreviviente o a otro familiar que tenga su guardia y custodia, existe la particularidad contenida en la disposición adicional 1ª de la Ley Orgánica 1/2004, que se prevé que, en los casos en que los hijos del condenado por la comisión de un delito doloso de homicidio, siendo menores de edad o mayores incapacitados judicialmente, fueran beneficiarios de pensión de orfandad causada por la víctima, dicha pensión no le es abonada en ningún caso a aquel. Pero tal premisa general contiene excepciones cuando el fallecimiento de la causante no es doloso aunque anteriormente haya habido delito de malos tratos,

<sup>29</sup> STS de 16 de noviembre de 2017 (RJ 2017, 5317).

<sup>30</sup> STSJ Islas Canarias de 9 junio de 2014 (JUR 2015, 13078).

<sup>31</sup> GUTIERREZ PÉREZ, M.: «La pensión de viudedad frente a las distintas realidades familiares y sociales: poligamia y violencia de género bajo el foco de los últimos pronunciamientos judiciales», *op.cit.*

si se reanuda la convivencia entre agresor y agredida, el progenitor masculino es el perceptor en nombre de su descendiente de la orfandad, sirvan como ejemplo:

- La ulterior convivencia tras la condena con la celebración de un matrimonio y un hijo en común que revela incuestionable la conciliación con la víctima de la violencia<sup>32</sup>.
- La reconciliación y la reanudación de la convivencia familiar, pese a la prohibición de acercamiento y comunicación con la víctima por tiempo de cuatro años<sup>33</sup>.

Respecto al porcentaje de la prestación la regla general es que se declara la inexistencia práctica del otro progenitor, al encontrarse condenado por sentencia penal firme y privado de la patria potestad, por tanto, la prestación de orfandad acrece, incrementándose la prestación económica con el porcentaje que del progenitor agresor derivada del fallecimiento de la madre<sup>34</sup>.

Como colofón a este apartado, queremos apuntar que consideramos injusto que solo se cubran las prestaciones de muerte y supervivencia de prestaciones contributivas, se podría crear un nuevo subsidio para huérfanos de violencia de género con carácter no contributivo de carácter universal que establezca una cuantía mínima garantizada por encima de 600 euros ya que en el año 2017 la media de las prestaciones de orfandad aprobadas por violencia era de 200 euros<sup>35</sup> y a los huérfanos de madres que cotizaron a la seguridad social y tengan derecho a pensión contributiva superior a la cuantía anterior se les establezca la posibilidad de realizar el derecho de opción.

#### IV. CONCLUSIONES

PRIMERA.- La pensión de viudedad por ser de víctima de violencia de género antes de la LO 1/2004 presenta una dicotomía: por un lado, su regulación legal y la doctrina judicial aplicable y por otro lado, la interpretación estricta que realiza el ente gestor INSS que deniega muchas prestaciones que luego prosperan en la vía judicial, lo que conlleva a la judicialización del conflicto, que podría evitarse si se siguieran los criterios del TS expuestos.

SEGUNDA.- La condición de víctima de violencia de género, se encuentra exclusivamente regulada para los casos de separación o divorcio, olvidando al resto de colectivos, ya que al sistema le cuesta introducir porque sigue anclado en un modelo fuertemente contributivo, que valora previas cotizaciones para reconocer el acceso a prestaciones. Se debería establecer un nuevo subsidio no contributivo para las víctimas de violencia de género y sus huérfanos, con diferentes cuantías fijas en función de las circunstancias personales y siempre que se acreditara situación de necesidad para las prestaciones de viudedad, y con carácter universal para los huérfanos, dada su especial vulnerabilidad. Todo ello en aras de cumplir el mandato del artículo 14 de la Constitución Española estableciendo un derecho de opción si existe una mejor prestación contributiva.

TERCERA.- En consonancia con el espíritu de las leyes internacionales se debería ampliar el concepto de violencia de género a uno análogo al que define la ONU como todo acto de violencia de género que resulte o pueda tener como resultado un daño físico, sexual, psicológico o económico para las mujeres, inclusive las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la privada con independencia de haber tenido o no una relación afectiva y en su caso establecer un subsidio no contributivo a este colectivo con el requisito de acreditar situación de necesidad.

<sup>32</sup> SJS Madrid núm.23 de 3 noviembre de 2016 (JUR 2018,136144).

<sup>33</sup> SJS Palma de Mallorca núm.2 de 16 abril 2015 (AS 2015,866).

<sup>34</sup> En este sentido y a título de ejemplo: STSJ Navarra de 16 febrero de 2017, (AS 2017,542), STSJ Valencia 4 marzo de 2014 (JUR 2014, 121726) y SJS Almería núm.3 24 enero de 2017, (AS 2014, 966).

<sup>35</sup> europapress.es (4de mayo de 2018) «Los huérfanos por violencia de género en 2017 no cobran ni 200 euros de pensión» <http://www.europapress.es/epsocial/igualdad/noticia-huerfanos-violencia-genero-2017-no-cobran-200-euros-pension-20180504160801.html>

## **CAPÍTULO XII. LA CONSIDERACIÓN DE LAS PAREJAS UNIDAS POR MATRIMONIO GITANO EN RELACIÓN CON EL ACCESO A LA PENSIÓN DE VIUDEDAD**

JUAN ANTONIO FERNÁNDEZ BERNAT

*Profesor Asociado (acreditado a contratado doctor) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de Granada*

### **I. EL REQUISITO DEL MATRIMONIO O DE LA PAREJA DE HECHO COMO CONDICION PARA DISFRUTAR DE LA PENSIÓN DE VIUDEDAD**

El TRLGSS establece dos vías alternativas para el acceso a una pensión de viudedad. La primera se contempla en los arts. 219 y 220 y hace referencia a la necesidad de que se hubiera estado unido por matrimonio con el causante de la pensión<sup>1</sup>. El primero de los preceptos determina que tendrán derecho a la pensión de viudedad, con carácter vitalicio, el cónyuge superviviente, siempre que el sujeto causante cumpla determinadas requisitos. El segundo además, alude por otro lado, a los casos de separación, divorcio o nulidad matrimonial, por lo que igualmente el ex-cónyuge, si reúne determinadas condiciones, podrá disfrutar de la citada pensión.

Al margen del vínculo conyugal, existe otro cauce legítimo para poder acceder a la pensión: se trataría de la opción prevista en el art. 221 del TRLGSS en el que se admite dicho reconocimiento en favor de las parejas de hecho. Para que tenga lugar el disfrute de la pensión se exige, en todo caso, que dichas parejas cumplan determinadas requisitos. En concreto, se debe acreditar una convivencia estable y notoria con carácter inmediato al fallecimiento del causante y con una duración ininterrumpida no inferior a cinco años. Además, la existencia de la pareja de hecho se debe constatar a través de la certificación de la inscripción en alguno de los registros específicos existentes en las Comunidades Autónomas o Ayuntamientos del lugar de residencia o mediante documento público en el que conste la constitución de dicha pareja. Tanto la mencionada inscripción como la formalización del correspondiente documento deberán haberse producido con una antelación mínima de dos años con respecto a la fecha del fallecimiento del causante. Como se deduce de la imposición de estas exigencias, el reconocimiento de la pensión de viudedad no se produce en favor de las genuinas parejas de hecho sino tan sólo en favor de las parejas de derecho, al atribuirse su titularidad tan solo a las registradas cuando menos dos años antes<sup>2</sup>.

Tal y como está configurada esta segunda vía de acceso a la pensión de viudedad, no resulta extraño que se haya podido decir que en realidad la primera de las opciones, esto es, “el matrimonio se ha erigido en el condicionante principal durante largo tiempo, y ello pese a que la Ley 40/2007 admitió finalmente que la convivencia more uxorio podía en cierta forma

---

<sup>1</sup> Como recuerda LEONES SALIDO, la palabra matrimonio no aparecía en la norma precedente (tampoco en la actual redacción del art. 219), iniciando el precepto con la palabra “cónyuge superviviente”. La palabra matrimonio aparecerá más adelante, a propósito del fallecimiento del causante derivado de enfermedad común no sobrevenida tras el vínculo conyugal (“Pensiones de viudedad y modelos familiares”, *Diario La Ley*, núm. 7453, 2010, p. 1 [www.laley.es (LA LEY 5466/2010)], extraído 08.06.2018).

<sup>2</sup> STS 7 diciembre 2016 (Rec. 3765/2014).

equipararse”<sup>3</sup>. En verdad, “los estrictos requisitos que han de cumplir las uniones de hecho para convertirse en un vínculo idóneo a estos efectos demuestran que el Estado quiere ejercer un férreo control con el objetivo de contener el gasto del Sistema”<sup>4</sup>. El protagonismo del requisito del matrimonio resultaba aún más marcado con anterioridad de la aprobación de la Ley 40/2007 ya que en tal caso solo era posible prescindir del mismo en el supuesto de uniones de personas que no hubieran podido contraer matrimonio, por impedírsele la legislación vigente hasta la fecha, pero hubieran vivido como tal. La Disposición Transitoria 10ª de la Ley 30/1981, de 7 de julio, fue la que admitió esta posibilidad dando salida a situaciones de convivencia heterosexual que no podían llegar a formalizarse jurídicamente por la inexistencia en esas fechas de una Ley de divorcio.

Respecto a la validez del matrimonio, el sistema de Seguridad Social no interviene en modo alguno. Hay una referencia a la necesidad de que exista un cónyuge superviviente y nada más, de modo que el TRLGSS se remite a lo que establezca el ordenamiento civil en tal caso, lo que supone hacer referencia a tres elementos: a la capacidad de los contrayentes, a la prestación del consentimiento y a su forma de celebración. Sobre lo primero, procede tomar en consideración lo previsto en los arts. 46 a 48 del CC, de modo que no podrán contraer matrimonio los menores de edad no emancipados y los que estén ligados con vínculo matrimonial (art. 46 CC). Tampoco podrán contraer matrimonio entre sí: los parientes en línea recta por consanguinidad o adopción; los colaterales por consanguinidad hasta el tercer grado y los condenados por haber tenido participación en la muerte dolosa del cónyuge o persona con la que hubiera estado unida por análoga relación de afectividad a la conyugal (art. 47 CC). En todo caso, respecto de estos dos últimos impedimentos, se admite que el Juez pueda dispensar, con justa causa y a instancia de parte, mediante resolución previa dictada en expediente de jurisdicción voluntaria (art. 48 CC). En cuanto al consentimiento, el art. 45 CC establece que no habrá matrimonio sin tal consentimiento, el cual no puede estar sometido a condición, término o modo. Habrá que tener en cuenta, igualmente, que conforme al art. 73 CC, será nulo el matrimonio que se celebre por error en la identidad de la persona del otro contrayente o en aquellas cualidades personales que, por su entidad, hubieren sido determinantes de la prestación del consentimiento o el contraído por coacción o miedo grave. Finalmente, se hace necesario que el matrimonio se desarrolle de acuerdo al procedimiento establecido.

Respecto a esto último, el ordenamiento civil admite dos opciones. De un lado, la posibilidad de que el matrimonio se celebre, conforme a lo previsto en los arts. 52 a 58 CC, ante el Juez de Paz o Alcalde del municipio donde se celebre el matrimonio o concejal en quien éste delegue; el Secretario judicial o Notario libremente elegido por ambos contrayentes que sea competente en el lugar de celebración o el funcionario diplomático o consular Encargado del Registro Civil en el extranjero (art. 51 CC). Junto a esta modalidad, se permite igualmente que el matrimonio se celebre en la forma prevista por una confesión religiosa inscrita, en los términos acordados con el Estado o, en su defecto, autorizados por la legislación de éste (art. 59 CC). En la actualidad, los ritos matrimoniales admitidos a los que el Estado español reconoce efectos civiles son el católico, el musulmán, el judío y el evangélico. En cuanto al primero, el art. 60 CC establece que el matrimonio celebrado según las normas del Derecho canónico producirá efectos civiles. Para el resto, el reconocimiento de estos efectos se ha producido a partir de la celebración de los correspondientes acuerdos de cooperación<sup>5</sup>.

<sup>3</sup> RODRÍGUEZ CARDO, I. A., “El rito gitano como vínculo apto para disfrutar de la pensión de viudedad (Comentario de urgencia a la STEDH Muñoz Díaz vs. España de 8 de diciembre de 2009)”, *Actualidad Laboral*, núm. 3, 2010, p. 1 [www.laley.es (LA LEY 52/2010), extraído 08.06.2018)].

<sup>4</sup> *Idem.*, p. 1.

<sup>5</sup> *Vid.*, Ley 26/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Comisión Islámica de España; Ley 25/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Federación de Comunidades Israelitas de España y Ley 24/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España.



De lo dicho hasta aquí se infiere que para que se pueda acceder a la pensión de viudedad se hace necesario cumplir los requisitos esenciales para la validez del matrimonio, respecto de los cuales el sistema de Seguridad Social tan solo asume. De ahí que cualquier otro tipo de forma de celebración del vínculo matrimonial que no atienda a los requerimientos de validez comentados y que pretenda disfrutar de la citada pensión deba cumplir los requisitos previstos para las parejas de hecho. Sobre esto, en todo caso, se ha planteado en alguna ocasión la incidencia que puede llegar a tener en el acceso a la pensión de viudedad el incumplimiento de un requisito formal, en concreto, la no inscripción del matrimonio en el Registro Civil. Pese a las distintas interpretaciones que se pueden hacer al respecto<sup>6</sup>, lo cierto es que se ha resuelto esta cuestión entendiendo que la inscripción registral no es un requisito constitutivo que impida, en todo caso, el acceso a la pensión. Dicha interpretación no impedirá que en los supuestos donde exista duda acerca de la constitución del vínculo o de su validez, se requiera la efectiva inscripción en el Registro Civil u otros requisitos previstos legalmente para que pueda producir efectos frente al INSS pues en tales casos tanto la inscripción o aquellas otras exigencias no juegan como condicionantes de la existencia del “vínculo” sino, bien como prueba de su real existencia, bien como prueba de otras circunstancias de hecho condicionantes del derecho a la prestación<sup>7</sup>.

Lo anterior, por tanto, sería aplicable al rito matrimonial gitano. No siendo este un procedimiento de celebración del matrimonio válido al que el ordenamiento español reconozca efectos civiles, no cabe más que cumplir con las exigencias aplicables para las uniones de hecho a la hora de pretender disfrutar de una pensión de viudedad. Esto, o bien contraer matrimonio civil en las mismas condiciones que cualquier otra persona o, por supuesto, hacerlo en una de las formas religiosas a las que el ordenamiento español atribuye efectos civiles<sup>8</sup>. En todo caso, parece oportuno analizar brevemente los elementos esenciales de este tipo de matrimonio antes de examinar los diversos pronunciamientos judiciales acontecidos hasta la fecha respecto al posible derecho a una pensión de viudedad de las personas casadas por dicho rito.

La boda gitana es uno de los ritos de paso de esta minoría, junto con el nacimiento, el bautismo y la muerte, pensados todos ellos para conmemorar los hechos más significativos de su vida. Tiene, además, trascendencia social ya que crea un vínculo no solo entre los cónyuges, sino que se extiende a las familias o parientes y de la que participa activamente prácticamente toda la comunidad gitana durante varios días<sup>9</sup>. Las bodas eran fruto de un acuerdo entre los padres en tiempos pasados, sin embargo, esta tradición se ha ido extinguiendo y con ello han ido desapareciendo los matrimonios forzados y concertados. Se inician con el llamado pedimento de la novia por parte de los padres del novio y si tanto los padres de la novia como esta misma no ven ningún problema se pone fecha a la boda para su celebración<sup>10</sup>. El rito de la boda sigue unos patrones ancestrales el cual gravita en torno a la virginidad de la novia. La comprobación de la virginidad de la novia suele llevarla a cabo una “ajuntaora”, anciana con experiencia reconocida en estos menesteres, y presencian la ceremonia la madre, la suegra y todas aquellas mujeres casadas de ambas familias que quieran participar en el acto. Una vez superada esta prueba (conocida como del pañuelo) comienza la fiesta propiamente dicha, a la que están invitados la familia del novio y de la novia, así como todos aquellos que tengan conocimiento de la ceremonia y quieran sumarse a

<sup>6</sup> Sobre éstas, *vid.*, BLASCO JOVER, C., “Aplicación del régimen matrimonial en la delimitación de los beneficiarios de la pensión de viudedad”, *Temas Laborales*, num. 121, 2013, pp. 70-74.

<sup>7</sup> STS 15 diciembre 2004 (Rec. 6074/2003)

<sup>8</sup> RODRÍGUEZ CARDO, I., “Forma matrimonial y pensión de viudedad: en particular, el matrimonio por el rito gitano”, *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, num. 16, 2008, p. 5 [www.westlaw.es (BIB 2256/2007), extraído 08.06.2018].

<sup>9</sup> RUIZ SANZ, M., “Contradicciones argumentales sobre la discriminación étnica y racial: el caso de la pensión de viudedad ante la boda gitana”, en VV.AA., *Discriminación racial y étnica. Balance de la aplicación y eficacia de las garantías normativas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, p. 343.

<sup>10</sup> TORRES FERNÁNDEZ, A., “La boda gitana I. Un rito cultural propio”, *I Tchatchipen*, num. 26, 1999, p. 21.

ella<sup>11</sup>. La mayoría de los gitanos opta por la boda gitana, pero en un porcentaje elevado la combinan con la religiosa o civil<sup>12</sup>.

Al respecto, se han identificado cinco notas básicas en relación al matrimonio gitano<sup>13</sup>: en primer lugar, se considera que la unión entre un hombre y una mujer no es una opción, es una necesidad social, sobre todo para la mujer que presenta bajísimos índices de soltería; en tercer lugar, se produce a muy temprana edad, prácticamente en la adolescencia, siendo los hombres algo más mayores que las mujeres; en tercer lugar, se dan situaciones de endogamia étnica, al unirse miembros del mismo grupo, incluso matrimonios entre parientes (primos, especialmente)<sup>14</sup>; en cuarto lugar, la reproducción representa el elemento prioritario del casamiento; y, por último, la virginidad comentada más arriba es una condición imprescindible.

La boda gitana contiene todos los ingredientes, ya sean espontáneos o reglados, para comprender que se crea un vínculo normativo entre los cónyuges cuya unión tiene carácter matrimonial<sup>15</sup>. Sin embargo, sigue sin tener reconocimiento de sus efectos civiles fundamentalmente porque se entiende que tal y como está configurado no da cumplimiento a los requisitos legales establecidos por la ley. Se aduce, al respecto, que no hay un representante que informe de la celebración de la boda; los contrayentes pueden casarse sin o contra su voluntad, además de hacerlo a temprana edad; la práctica del pañuelo es contraria a los derechos fundamentales, especialmente al derecho a la dignidad; el celebrante del acto no se identifica con claridad y se pueden plantear problemas de identificación, pues no hay registros propios, o de regulación registral y jurisdicción aplicable en supuestos de crisis matrimonial<sup>16</sup>. Otras posiciones, sin embargo, no ven inconvenientes en incluir el matrimonio gitano entre las formas válidas de matrimonio, efectuando las oportunas adaptaciones en la normativa civil<sup>17</sup>. No en vano, como se verá a continuación, el propio Tribunal Constitucional sugiere esta solución, pero es más, ya ha existido una propuesta en esta línea, incluyendo en la normativa aplicable otras uniones matrimoniales en las condiciones y con los requisitos que se determinen<sup>18</sup>.

## II. EL POSICIONAMIENTO DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ANTE LA VALIDEZ DEL RITO GITANO

No existiendo una norma al respecto que otorgue efectos civiles al matrimonio gitano, nuestros Tribunales han adoptado como solución no permitir el acceso a la pensión de viudedad al cónyuge superviviente. De modo que se reitera lo dicho con anterioridad en el sentido que se considera que el matrimonio para que produzca los efectos mencionados, sólo podrá serlo el contraído de forma civil o religiosa en los términos ya vistos, y el matrimonio gitano no participa, en la actual conformación de nuestro ordenamiento jurídico, de la naturaleza de ninguno de ellos<sup>19</sup>.

<sup>11</sup> ÁRDEVOL, E., “Vigencias y cambio en la cultura de los gitanos”, VV.AA., *Entre la marginalidad y el racismo. Reflexiones sobre la vida de los gitanos*, Madrid, Alianza Universidad, 1986, pp. 102-103.

<sup>12</sup> GARCÍA, A., “II. La familia en la comunidad gitana”, en VV.AA., *Situación social y tendencias de cambio en la Comunidad Gitana*, Pamplona, Universidad Pública de Navarra: Grupo de Investigación ALTER, Departamento de Trabajo Social, 2006, p. 41.

<sup>13</sup> GAMELLA, J. F., *Mujeres gitanas. Matrimonio y género en la cultura gitana de Andalucía*, Sevilla, Juan de Andalucía, 2000, p. 27 y ss.

<sup>14</sup> Habitualmente entre primos segundos, pero también entre primos hermanos (GARCÍA, A., “II. La familia...”, *op. cit.*, pp. 35-36).

<sup>15</sup> RUIZ SANZ, M., “Contradicciones argumentales...”, *op. cit.*, p. 344.

<sup>16</sup> MUSCLES CUBEDO, M., “El matrimonio contraído por el rito gitano ante el ordenamiento jurídico español. Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 69/2007, de 16 de abril de 2007”, *Revista General de Derecho Canónico y Eclesiástico del Estado*, núm. 16, 2008, pp. 22-23.

<sup>17</sup> FÉLIX BALLESTA, M. A., “Reflexiones sobre el matrimonio gitano y su posible eficacia civil”, *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. 2, 2003, p. 439.

<sup>18</sup> *Proposición de Ley de las Cortes de Aragón de reconocimiento de efectos civiles del matrimonio celebrado conforme al rito gitano*.

<sup>19</sup> STSJ Madrid 7 noviembre 2002 (Rec. 4445/2002). En idénticos términos SSTSJ Cataluña 12 diciembre 2002 (Rec. 7949/2002) y 7 octubre 1999 (Rec. 6818/1999). Respecto de esta resolución, recuerda CASTRO ARGÜELLES una cuestión que se analizará más adelante cuál es la existencia de una discriminación racial al no reconocerse efectos legales al matrimonio celebrado por el rito gitano. Sobre la misma, la sentencia descarta tal trato discriminatorio ya que se

(...)

Con independencia del análisis que se hará más adelante del resto de resoluciones judiciales adoptadas hasta la fecha sobre este asunto, dado que algunas de las cuales adoptan un posicionamiento distinto, influenciadas, por otro lado, por la STEDH de 8 de diciembre de 2009, momento es de examinar los argumentos del TC en su sentencia de 16 de abril de 2007<sup>20</sup> en la que se pronuncia sobre la conformidad con el art. 14 CE de la decisión adoptada por el INSS de denegar pensión de viudedad al cónyuge superviviente de un matrimonio celebrado de acuerdo a las costumbres gitanas.

La resolución del TC que se comenta trae causa de un recurso de amparo promovido contra la sentencia de la Sección Cuarta de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 7 de noviembre de 2002, por la que se estimaba el recurso de duplicación número 4445-2002 interpuesto contra la Sentencia del Juzgado de lo Social número 12 de Madrid de 30 de mayo de 2002 dictada sobre el derecho al percibo de prestación de viudedad. En esta última, se terminó reconociendo tal condición de pensionista a la viuda casada por rito gitano porque se entendió que se había celebrado en territorio español y se ajustaba a la ley personal de los contrayentes, tratándose, por tanto, de una forma válida y admitida por la costumbre y usos de dicha etnia, por lo que había que considerarlo válido y debería promoverse su inscripción en el Registro Civil, conforme a los arts. 256 y 257 del Reglamento de Registro Civil. Interpuesto recurso de duplicación por el INSS y la Tesorería General de la Seguridad Social, la Sección Cuarta de la Sala de lo Social del TSJ de Madrid, lo estimó.

La viuda recurre en amparo ante el TC aduciendo fundamentalmente la existencia de una discriminación por motivos étnicos (art. 14 CE), por cuanto su unión no se llegó a considerar matrimonio, sino una unión de hecho. Para la recurrente no cabe tal equiparación, entendiendo que debe ser considerado algo más que una pareja de hecho. A tal efecto, defiende que en 1971 no podía contraer matrimonio en esa forma con efectos civiles, ni tras la reforma del matrimonio en 1981, puesto que el rito gitano no había sido admitido como una de las formas de contraer matrimonio, por ello solicita la aplicación analógica de la Disp. Adic. 10ª Ley 30/1981. Además, sostiene que tampoco se le había aplicado por analogía lo previsto para los matrimonios nulos, a los efectos de la pensión reclamada. Por último, alega que en 1983 le fue entregado un libro de familia en el que constaba como esposa de su pareja, y que en 1986 vieron reconocida su situación de familia numerosa, por lo que tales circunstancias deberían servir para justificar la concesión de la pensión de viudedad al reconocerla el propio INSS como cónyuge.

El TC desestima la pretensión de la viuda sin entrar en algunos de los argumentos esgrimidos en el recurso<sup>21</sup>, dado que no habían sido invocados en la vía judicial previa, y centra su posicionamiento en la no vulneración del principio de igualdad ante la ley. Y así, partiendo, en primer lugar, de doctrina ya sentada con anterioridad, establece que la posición jurídica de la recurrente no es equiparable con casos anteriores en los que sí se apreció discriminación. Citando la STC 184/1990, de 15 de noviembre<sup>22</sup> señala que “no supone una discriminación por razones sociales que el legislador limite la prestación de viudedad a los supuestos de convivencia institucionalizada como casados, excluyendo otras uniones o formas de convivencia”. A ello añade el TC, reiterando jurisprudencia precedente, que el legislador dispone de un amplio margen de

---

permite efectivamente contraer matrimonio en forma religiosa, pero no en cualquier forma religiosa, sino sólo en las legalmente previstas, entre las que no está la que tiene lugar por el rito gitano, de tal modo que es la forma de contraer el matrimonio y no la raza lo que determina los efectos legales del mismo [“El vínculo conyugal como requisito para acceder a la pensión de viudedad. Ineficacia del matrimonio por el rito gitano”, *Aranzadi Social*, núm. 20, 2000, p. 3, [www.westlaw.es (BIB 2000/207) extraído 08.06.2018]].

<sup>20</sup> BOE núm. 123, de 23 de mayo de 2007.

<sup>21</sup> Nos referimos, obviamente, a la posible aplicación de la Disp. Adic. 10ª Ley 30/1981, y la posibilidad de aplicar por analogía al matrimonio de la recurrente el tratamiento establecido en el artículo 174.2 LGSS para los matrimonios nulos. Sobre los mismos, puede verse RODRÍGUEZ CARDO, I., “Forma matrimonial...”, *op. cit.*, pp. 7-10.

<sup>22</sup> Se refería esta sentencia al caso de una pareja que había contraído matrimonio canónico sin inscribirlo por expreso deseo de ambos. Al fallecer uno de los cónyuges, el otro solicita la pensión de viudedad, siendo denegada la misma. El TC admitió el recurso por vulneración del derecho a la igualdad ya que, en línea a lo que se dijo más arriba, se consideró que la inscripción del matrimonio no es un requisito legal para otorgar validez al vínculo.

libertad en la configuración del sistema de Seguridad Social lo que permitiría extender la pensión de viudedad a otras uniones diferentes de las matrimoniales. De modo que, mientras no ocurra esto, la unión celebrada conforme a los usos y costumbres gitanos no ha sido reconocida por el legislador como una de las formas válidas para contraer matrimonio, por ello no cabe afirmar que suponga un trato discriminatorio basado en motivos sociales<sup>23</sup>.

En apoyo de lo anterior, el TC hace referencia a diferentes aspectos. De un lado, aborda el principio general de discriminación, considerando que el derecho a no ser discriminado está amparado por el artículo 14 CE cuya virtualidad “no se agota en la cláusula general de igualdad, sino que contiene, además, una prohibición explícita de que se dispense un trato discriminatorio con fundamento en los concretos motivos o razones que dicho precepto prevé, entre los que se incluye expresamente la discriminación racial o étnica, criterio sospechoso respecto del que este Tribunal ha afirmado tajantemente su carácter odioso y de perversión jurídica contrario tanto al art. 14 CE como el art. 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos”. Por otro lado, se alude igualmente a la discriminación indirecta, la cual el TC considera que no se da, destacándose que “la prohibición del art. 14 CE comprende no sólo la discriminación directa o patente derivada del tratamiento jurídico manifiesta e injustificadamente diferenciado y desfavorable de unas personas respecto a otras, sino también la encubierta o indirecta consistente en aquel tratamiento formal aparentemente neutro o no discriminatorio del que se deriva, por las diversas circunstancias de hecho concurrentes en el caso, un impacto adverso sobre la persona objeto de la práctica o conducta constitucionalmente censurable en cuanto a la medida que produce el efecto adverso carece de justificación al no fundarse en una exigencia objetiva e indispensable para la consecución de un objeto legítimo o no resulta idónea para el logro de tal objetivo...”. En tercer lugar, se descarta igualmente una posible discriminación por indiferenciación, por cuanto “resulta ajeno al núcleo de protección del art. 14 CE esta forma de discriminación, al no consagrar dicho precepto un derecho a la desigualdad de trato, ni ampara la falta de distinción entre supuestos desiguales, por lo que no existe ningún derecho subjetivo al trato normativo desigual...”. Por último, se postula un principio de neutralidad racial o étnica ejercido por los poderes públicos en relación al requisito del matrimonio para el acceso a la pensión de viudedad, dado que “el ordenamiento jurídico no sólo garantiza una forma de acceso civil al vínculo matrimonial con una escrupulosa neutralidad desde el punto de vista racial, sino que, incluso, en los casos en que se ha optado por dotar de efectos civiles a las formas de celebración confesional de uniones matrimoniales, tampoco es posible apreciar connotaciones de exclusión étnica alguna, tampoco la gitana”.

La sentencia del TC contenía un voto particular en la que se sostenía una posición contraria a la doctrina mayoritaria al mostrarse a favor de otorgar el amparo de la recurrente. Dicho voto particular también opta por retomar la doctrina sentada por el TC en la sentencia 199/2004 sobre la equiparación de la validez del matrimonio canónico inscrito en el Registro Civil con el no inscrito. De modo que en sentido opuesto al resto de miembros del Tribunal, el magistrado que emite el voto particular sostiene que los dos supuestos coinciden entre sí de forma decisiva ya que se trata de matrimonios no inscritos en los que el demandante es cónyuge y por lo tanto el TC debería haber fallado a su favor y concederle la pensión de viudedad. Por otro lado, el voto particular contiene una referencia a la idea del reconocimiento de los derechos de las minorías y su diversidad cultural y la necesidad de adoptar medidas de discriminación positiva en este punto conforme al Convenio-Marco para la protección de las minorías nacionales y la doctrina sentada por el TJCE y el TEDH. Para el magistrado, no existiendo éstas, y dado que no hay problemas de orden público constitucional en relación a los usos y costumbres de las bodas gitanas, “se ha vulnerado a la recurrente su derecho a la igualdad y a no ser discriminada por motivos de raza (art.

<sup>23</sup> Como recuerda RUIZ SANZ, la posición mantenida en este punto por el TC se situaría en el marco de lo que se ha venido en llamar argumentación *a contrario*, dado que como el ordenamiento civil no introduce la boda gitana entre las uniones matrimoniales con efectos jurídicos, quedando fuera de su ámbito de aplicación, se entiende que no se despliegan las mismas consecuencias jurídicas que las formas de matrimonio incluidas, es decir, que *a sensu contrario* el matrimonio celebrado por el rito gitano no puede ser válido a pesar de que no hay una prohibición expresa en las normas civiles ni en otras (RUIZ SANZ, M., “Contradicciones argumentales...”, *op. cit.*, pp. 323-324).

14 CE), en cuanto dicha prohibición protege la situación de la minoría gitana, si se trae a colación el artículo 14 en relación con el artículo 12 del CEDH, como resulta obligado por el juego del artículo 10.2 CE<sup>24</sup>. Por último, para el magistrado discrepante la validez previa del matrimonio gitano a efectos de Derecho de familia no era necesaria para otorgar el amparo, ya que conforme a la doctrina de los actos propios, resulta claramente desproporcionado que el Estado español que ha tenido en cuenta a la recurrente y a su familia gitana al otorgarle libro de familia, reconocimiento de familia numerosa, asistencia sanitaria con familiares a su cargo para ella y para sus seis hijos y ha percibido las cotizaciones correspondientes a su marido gitano durante diecinueve años, tres meses y ocho días quiera desconocer hoy que el matrimonio gitano resulta válido en materia de pensión de viudedad.

### III. EL TEDH Y LA INFRACCIÓN POR DIFERENCIA DE TRATO

Tras la sentencia del TC comentada, la demandante decide plantear su caso ante el TEDH. En su recurso ante este órgano judicial considera que al no reconocer el Estado español efectos civiles al matrimonio gitano se ha vulnerado su derecho al matrimonio y ha sido objeto de una discriminación por pertenecer a una minoría étnica y actuar conforme a las creencias de la misma. Dicha pretensión se basa, de un lado, en una infracción del Estado español del art. 14 CEDH en combinación con el art. 12 del mismo texto y, de otro, en una violación del art. 14 citado en relación con el art. 1 del Protocolo num. 1 del CEDH<sup>25</sup>. La solución del TEDH al respecto es positiva<sup>26</sup>, decantándose por conceder la pensión de viudedad a la demandante y una indemnización, puesto que considera que se ha producido una violación de la prohibición de discriminación racial (art. 14 CEDH) junto al derecho al respeto a los bienes del art. 1 del Protocolo núm. 1. No obstante, el mismo tribunal no llega a admitir la solicitud de la parte demandante sobre la equiparación del matrimonio gitano en relación al resto de formas matrimoniales aceptadas por las normas internas españolas.

Respecto a la violación del art. 14 CEDH en relación con el art. 1 del Protocolo núm. 1, el TEDH adopta una decisión en el sentido comentado en base a dos argumentos principales. El primero tiene que ver con la constatación que realiza el propio Tribunal de la imposibilidad de casarse en el año 1971 de forma distinta a los ritos del Derecho Canónico de la Iglesia Católica, de modo que no se podía exigir a la demandante, sin vulnerar su derecho a la libertad religiosa, que se casara legalmente ya que el matrimonio civil no tuvo amparo legal en nuestro país hasta la entrada en vigor de la CE. El segundo argumento, que es a la postre el más importante, versa sobre la confianza de buena fe de la demandante en los plenos efectos de su matrimonio según el rito gitano. Pese a que tras la entrada en vigor de la CE y la aprobación de la Ley 30/1981 de 7 de julio de 1981, la demandante podría haberse casado civilmente, lo cierto es que esta creía con absoluta

<sup>24</sup> Sobre esta cuestión incide TAPIA HERMIDA al considerar insuficiente la doctrina del TC según la cual “no implica discriminación limitar la prestación de viudedad a los supuestos de vínculo matrimonial legalmente reconocido, excluyendo otras uniones o formas de convivencia” [“Ritos matrimoniales y pensión de viudedad. Comentario a la STC 69/2007, de 16 de abril, recurso de amparo núm. 7084/2002”, *CEF (Revista de Trabajo y Seguridad Social)*, núm. 65, 2007, pp. 130-134].

<sup>25</sup> El art. 14 CEDH establece lo siguiente: “el goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación”. Por su parte, el art. 12 CEDH señala que “a partir de la edad núbil, el hombre y la mujer tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho”. Finalmente, el art. 1 del Protocolo núm. 1 dispone que “toda persona física o moral tiene derecho al respeto de sus bienes” y que “nadie podrá ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la Ley y los principios generales del derecho internacional”. La invocación del art. 14 CEDH en conjunción con el art. 1 del Protocolo núm. 1 no resulta extraño ya que desde que en el caso *Gaygusuz* se reconociera que el derecho a una prestación de Seguridad Social es un derecho patrimonial en el sentido del artículo 1 del Primer Protocolo Adicional ésta ha sido la vía utilizada para proceder a su reclamación. Sobre este aspecto, *vid.*, SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C., “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la pensión de viudedad en caso de unión celebrada conforme al rito gitano”, *Aranzadi Social*, num. 18, 2009, p. 7, [www.westlaw.es (BIB 2009/2052), extraído el 08.06.2018].

<sup>26</sup> STEDH Muñoz Díaz vs. España de 8 de diciembre de 2009.

buena fe que su matrimonio celebrado conforme a los ritos y costumbres gitanos conllevaba todos los efectos propios de esta institución. Según el TEDH para apreciar la buena fe había que tomar en consideración su pertenencia a la comunidad gitana, que nunca ha cuestionado la validez del matrimonio según sus propios usos y costumbres, sin que dicha unión pueda ser considerada contraria al orden público. Esta convicción de la demandante sobre su condición de esposa se vio reforzada por la actuación de las autoridades que otorgaron a la demandante y a su familia el Libro de familia, el título de Familia numerosa, habiéndole prestado asistencia sanitaria a ella y a sus seis hijos. En base a ello considera el TEDH que el rechazo a reconocer la condición de cónyuge a la demandante a los fines de la obtención de la pensión de viudedad contradice el reconocimiento previo de dicha condición por parte de las autoridades.

Para el TEDH, este rechazo, además, no toma en cuenta lo dispuesto en el Convenio Marco para la Protección de las Minorías Nacionales de 1995, en vigor para España desde 1998, el cual obliga a los Estados contratantes a garantizar la diversidad cultural de las minorías nacionales presentes en su territorio. Se ha omitido la consideración de particularidades sociales y culturales de la demandante para apreciar su buena fe. Por ello, el no reconocimiento del derecho a percibir la pensión de viudedad en las condiciones comentadas constituye una diferencia de trato discriminatoria en relación al trato ofrecido por la ley o la jurisprudencia respecto de otras situaciones equivalentes en lo relativo a los efectos de la buena fe matrimonial en los matrimonios nulos. Por este motivo, en base a decisiones anteriores respecto a las que se aprecia diferencia de trato y no desde la admisión de una situación discriminatoria por la celebración del matrimonio gitano, la demandante ha de recibir la cantidad de 700.000 euros en concepto de indemnización por todos los daños y perjuicios causados, en su conjunto<sup>27</sup>. En suma, el gobierno español resulta condenado por una discriminación que no esta en la Ley, sino en su aplicación, de acuerdo a lo que el propio Tribunal había decidido en otros casos similares<sup>28</sup>.

Respecto de estos argumentos, especialmente del segundo, se han formulado importantes objeciones que conviene resaltar de forma muy breve. El primero de ellos tiene que ver con la analogía que hace el TEDH entre el matrimonio gitano y el matrimonio nulo. Sobre este punto se sostiene que las uniones gitanas no serían en puridad matrimonios nulos sino inexistentes, por ello carecen de efectos civiles y no resultarían inscribibles en el Registro Civil<sup>29</sup>. El segundo elemento controvertido se relaciona con la doctrina de los actos propios a la que alude, aunque no expresamente, el TEDH. El hecho de que el Gobierno hubiera conferido Libro de Familia y cartilla sanitaria no es determinante para el reconocimiento de la validez y plena eficacia del matrimonio. En el segundo supuesto, se puede ser beneficiario de asistencia sanitaria en el ordenamiento español, ya que esa condición, a diferencia de la de pensionista de viudedad, no está reservada al cónyuge, por lo que no se puede extraer de la concesión del derecho a la asistencia sanitaria como beneficiario que la Seguridad Social estuviera admitiendo el matrimonio<sup>30</sup>.

En segundo lugar, sobre una eventual violación del art. 14 CEDH en relación al art. 12 CEDH, el TEDH rechazó esta pretensión al considerar “que el matrimonio civil en España vigente desde 1981 está abierto a todos, y considera que su reglamentación no comporta

<sup>27</sup> (RUIZ SANZ, M., “Contradicciones argumentales...”, *op. cit.*, p. 335).

<sup>28</sup> GAVIDIA SANCHEZ, J., “Matrimonio gitano, pensión de viudedad y discriminación en la aplicación de la ley”, *Diario La Ley*, num. 7380, 2010, p. 12 [www.laley.es (LA LEY 1603/2010) extraído 08.08.2018].

<sup>29</sup> CREMADES GARCÍA, P., “La no discriminación en la exigencia de un rito matrimonial. A propósito de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 8 de diciembre de 2009. Caso *Muñoz Díaz contra España*”, *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 16, 2010, p. 333 y REQUENA CASANOVA, M., “TEDH-Sentencia de 08.12.2009, *Muñoz Díaz c. España*, 49151/07 –Artículos 12 y 14 CEDH- Derecho a contraer matrimonio- Discriminación por motivos étnicos- Matrimonio Gitano- Artículo 1 del Protocolo N.º 1- Pensión de Viudedad”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, núm. 36, 2010, p. 571.

<sup>30</sup> RODRÍGUEZ CARDO, I., “Forma matrimonial...”, *op. cit.*, p. 11 y SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C., “El Tribunal Europeo...”, *op. cit.*, p. 10. Señala MARTÍN-RETORTILLO, que reconocer una “familia” no es hoy reconocer un “matrimonio” [“Pero ¿No estuve casada? (Asuntos Serife Yigit c. Turquía y Muñoz Díaz c. España, sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 20.I.2009, 8.XII.2009 y 2.XI.2010)”, *Revista de Administración Pública*, num. 190, 2013, p. 55].

discriminación por razón de religión u otra. La misma fórmula ante un Alcalde, un Juez u otro funcionario designado al efecto se aplica a todos del mismo modo. No se requiere ninguna exigencia de declaración de religión o creencias, o de pertenencia a un grupo cultural, lingüístico, étnico u otro”. Por ello, entiendo que la no atribución de efectos civiles al matrimonio gitano en el ordenamiento jurídico español no constituye una discriminación prohibida por el artículo 14 del CEDH en conexión con el artículo 12.

Al igual que la resolución del TC sobre el caso contenía un voto particular, también lo tuvo la sentencia del TEDH. Respecto a la infracción del art. 14 CEDH en relación al art. 12 CEDH, el juez discrepante se sitúa en la misma línea que la posición mayoritaria al considerar que la demandante no ha sido víctima de una “diferencia de trato” derivada del artículo 14 del Convenio. Es más, el juez recusa “la idea de que el Estado tendría la obligación positiva de adaptar sus Leyes sobre el matrimonio al deseo de individuos o grupos con un estilo de vida particular, incluso en el caso en que estos individuos o grupos, como ocurre con los gitanos en España, constituyan una parte importante de la población”. En definitiva, se comparte la conclusión de la mayoría que declara inadmisibles las quejas con respecto al artículo 14 puesto en relación con el artículo 12.

Cuestión distinta es el caso de la infracción del art. 14 CEDH en relación con el art. 1 del Protocolo núm. 1, donde aquí el juez que emite el voto particular se muestra disconforme con la decisión de la mayoría. La primera observación que realiza el juez es la relativa a la inadecuación del precedente judicial utilizado en relación al supuesto analizado, el cual tiene una relación más que lejana con el asunto (se dictó en un contexto distinto, el de la ordenación del territorio). Considera el juez que no parece que se hayan tenido en cuenta únicamente las circunstancias particulares del caso, como se defiende en la sentencia de la mayoría, sino más bien tiene la impresión de que se ha “querido llamar la atención de las autoridades españolas sobre lo que perciben como un rechazo a adoptar una legislación que reflejara, de manera adecuada, la concreta situación de la etnia gitana”. En su opinión, “este punto de vista se desprende del apartado 61 de la Sentencia, en el que la mayoría declara que aunque la pertenencia a una minoría no exime de respetar las Leyes reguladoras del matrimonio, sí puede influir en la manera de aplicarlas”.

En segundo lugar, entra en el asunto de la buena fe, determinante de la solución adoptada por el TEDH, considerando abusivo hacer responsable de la ignorancia de la parte demandante al Estado demandado. Y señala que resulta más “abusivo reprochar a las autoridades españolas una falta, en razón de la igualdad de trato dado a la demandante y su familia en relación con las familias que se han fundado en base a la institución del matrimonio”. Acaba su razonamiento planteando la duda sobre si verdaderamente existía una base fáctica y legal con respecto a la imposibilidad en 1971 de exigir a la demandante que se casara sin infringir su libertad religiosa, teniendo en cuenta que nada se sabía en esa fecha sobre su obediencia religiosa, si es que la tenía.

#### IV. EL TRIBUNAL SUPREMO Y LA SENTENCIA DE 28 DE ENERO DE 2018

La incidencia que la STEDH de 8 de diciembre de 2009 podía tener respecto a la cuestión debatida parecía tener efectos limitados, toda vez que la propia resolución adoptada reiteraba que eran las circunstancias del caso y la propia actuación de la Administración las que justificaban dicha decisión. Sin embargo, no han faltado en los últimos años ejemplos de resoluciones que han hecho valer el criterio interpretativo del tribunal europeo: unas, accediendo a otorgar la pensión de viudedad a la cónyuge superviviente casada por el rito gitano<sup>31</sup>; y, otras, denegando la misma<sup>32</sup>.

<sup>31</sup> SSTSJ Islas Baleares 3 mayo 2010 (Rec. 165/2010); Andalucía/Granada 16 noviembre 2011; 27 marzo 2014, 20 abril 2016 y 15 noviembre 2017 (Rec. 2680/2011, 251/2014, 2843/2015 y 1037/2017); Galicia 25 abril 2014 (Rec. 904/2012) y Castilla-León/Burgos 21 diciembre 2017 (Rec. 741/2017).

<sup>32</sup> SSTSJ Madrid 26 junio 2009 y 11 noviembre 2016 (Rec. 499/2009 y 3469/2014); Galicia 27 marzo 2013 y 14 abril 2016 (Rec. 4657/2010 y 5010/2015); Cataluña 7 mayo 2014 (Rec. 268/2014); Andalucía/Granada 30 octubre 2014 y 11 mayo 2017 (Rec. 1592/2014 y 1188/2017); Comunidad Valenciana 1 diciembre 2015 (Rec. 674/2015); Andalucía/Sevilla 28 abril 2016 y 16 noviembre 2017 (Rec. 1322/2015 y 3402/2016) y Andalucía/Málaga 27 septiembre 2017 (Rec. 856/2017).

Entre las primeras, las menos, se recurre al principio de confianza legítima antes mencionado y que el TEDH hizo valer para proceder al reconocimiento de la pensión de viudedad en el caso de las uniones gitanas. Considera esta doctrina judicial, en línea con lo interpretado por el TEDH, que la buena fe de la demandante en cuanto a la validez de su matrimonio, confirmado con el reconocimiento oficial de su situación por las autoridades, ha generado en la interesada la expectativa legítima de ser considerada esposa del fallecido y de formar una pareja casada reconocida. Por ello, “el hecho de haber denegado a la demandante el derecho a percibir una pensión de viudedad refleja un trato discriminatorio basado en la pertenencia de la interesada a la etnia gitana, en relación a la forma en que la legislación y la jurisprudencia tratan situaciones análogas, estando, los interesados convencidos de buena fe de la existencia de su matrimonio aun no siendo éste legalmente válido”<sup>33</sup>. A ello hay que añadir que la negativa a reconocer en estos casos la calidad de cónyuge a la persona unida en matrimonio gitano supone no tener en cuenta las especificidades sociales y culturales de la misma para apreciar su buena fe, lo que resulta obligatorio conforme al Convenio-marco para la Protección de las Minorías Nacionales. En alguna resolución, incluso, se llega a apreciar una discriminación múltiple, al considerar no solo el factor racial sino también el factor del sexo, de modo que ambos aspectos sitúan a la mujer gitana en situación socialmente diferente e incomparable con cualquier otra situación en la que se pudieran encontrar las mujeres payas o los hombres, sean payos o gitanos, y el mandato dirigido a los poderes públicos de remover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas -artículo 9.2 CE-, debiera evitar irrazonables limitaciones en el acceso de las mujeres gitanas a la pensión de viudedad<sup>34</sup>.

En el caso de las resoluciones que deniegan la pensión de viudedad se reiteran los argumentos expresados por el TC en su sentencia de 16 de abril de 2017. Se sostiene, que partiendo de la base, por un lado, de que no implica discriminación limitar la prestación de viudedad a los supuestos de vínculo matrimonial legalmente reconocido, excluyendo otras uniones o formas de convivencia y, por otro, de que la unión celebrada conforme a los usos y costumbres gitanos no ha sido reconocida por el legislador como una de las formas válidas para contraer matrimonio, no cabe afirmar que suponga un trato discriminatorio basado en motivos sociales o étnicos el hecho de que se haya denegado dicha prestación al cónyuge superviviente por no constar vínculo matrimonial con el causante en cualquiera de las formas reconocidas legalmente<sup>35</sup>. También, en otros casos, se pone el acento en la doctrina emanada del TEDH respecto a la buena fe de la demandante y el reconocimiento oficial de las autoridades de dicha situación. De modo que se deniega la pensión por no quedar acreditada dicha buena fe en cuanto a la validez de su matrimonio celebrado conforme a los usos y costumbres gitanas ni existir reconocimiento oficial de su situación por las autoridades, lo que, se entiende, no puede generar en la interesada la expectativa legítima de ser considerada esposa y formar una pareja casada reconocida<sup>36</sup>.

Como cabía esperar el TS ha entrado en el asunto y ha dictado sentencia de unificación de doctrina sobre el acceso a la pensión de viudedad de la cónyuge superviviente de un matrimonio celebrado conforme al rito gitano<sup>37</sup>. En este caso, las consideraciones que realiza el órgano juzgador son las siguientes. La primera, consistente en recordar la doctrina de la sala en relación al requisito de la inscripción registral o documentación notarial de las parejas de hecho. Entre otros aspectos, señala que “la pensión de viudedad que la norma establece no es en favor de todas las parejas «de hecho» con cinco años de convivencia acreditada, sino en exclusivo beneficio de las

<sup>33</sup> STSJ Islas Baleares 3 mayo 2010 (Rec. 165/2010).

<sup>34</sup> STSJ Galicia 25 abril 2014 (Rec. 904/2012).

<sup>35</sup> STSJ Madrid 26 junio 2009 (Rec. 499/2009).

<sup>36</sup> STSJ Andalucía/Granada 11 mayo 2017 (Rec. 1188/2017).

<sup>37</sup> STS 25 enero 2018 (Rec. 2401/2016). Un análisis de esta resolución en BLÁZQUEZ AGUDO, E. M., “La denegación del matrimonio por el rito gitano como elemento de acceso a la pensión de viudedad: ni como matrimonio, ni como pareja de hecho. Comentario a la Sentencia de Tribunal Supremo 58/2018, de 25 de enero”, *CEF (Revista de Trabajo y Seguridad Social)*, núm. 422, 2018, pp. 158-163 y SEMPERE NAVARRO, A. V., “Las uniones por el rito gitano ante la pensión de viudedad”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 209, 2018, pp. 11-22.



parejas de hecho «registradas» cuando menos dos años antes [o que han formalizado su relación ante Notario en iguales términos temporales] y que asimismo cumplan aquel requisito convivencial; lo que ha llevado a afirmar que la titularidad del derecho -pensión- únicamente corresponde a las «parejas de derecho» y no a las genuinas «parejas de hecho».

La segunda observación que realiza el TS tiene que ver con la aplicabilidad de la STEDH al caso. Al respecto, subraya que la citada resolución contempla un supuesto previo a la Ley 40/2007 [incluye a la pareja de hecho como generadora de posibles prestaciones de viudedad], y se la atribuye a la supérstite de una unión celebrada por el rito gitano. Y a partir de la doctrina sentada por la sentencia del TEDH, el TS declara que no está ante el mismo caso, ya que lo que se discute aquí no es tanto la eficacia jurídica del matrimonio gitano, sino la existencia o no de una pareja de hecho conforme a los requisitos exigidos en la normativa de Seguridad Social para acceder a la pensión de viudedad. Aunque medien identidad de colectivo y de prestación solicitada, no se podía aducir la buena fe de la demandante en la creencia de la validez de su vínculo matrimonial, porque en la documentación oficial -Libro de Familia e inscripciones de nacimiento- se hace constar expresamente su cualidad de “solteros” e hijos “extramatrimoniales”. Además, en el caso del TEDH se invocaba la existencia de un matrimonio, lo que no podía ser de otra manera, teniendo en cuenta que el fallecimiento fue anterior a la Ley 40/2007, y ahora lo que se discute es la existencia de pareja de hecho.

En base a lo anterior, el TS llega a la conclusión que lo que debe aclararse en el supuesto es la posible equiparación de la unión por el rito gitano a la inscripción registral o documentación pública de la “pareja de hecho”, que exige el art. 174. 3 LGSS/1995 para tener derecho a las prestaciones de viudedad. Y al respecto, considera que ello no es factible en base a los argumentos siguientes. En primer lugar, que el requisito aludido tiene naturaleza constitutiva, por lo que la ley limita a tales medios -inscripción registral o documentación pública- dicha virtualidad constitutiva, no siendo la unión por el rito gitano un medio probatorio equiparable. En segundo lugar, que no cabe invocar una discriminación por motivos raciales o étnicos, puesto que la regulación contenida en la normativa de Seguridad Social en relación a los requisitos de acceso a la pensión de viudedad “es neutral desde la perspectiva racial, al carecer por completo de cualquier tipo de connotación étnica”. En tercer lugar, que tampoco cabe una discriminación por indiferenciación ya que el principio de igualdad -art. 14 CE- no consagra un derecho subjetivo al trato normativo desigual. En cuarto lugar, que no se puede aceptar la solución pretendida por que ello “comportaría hacer de peor condición a quienes por razones ideológicas -tan respetables como las culturales- no se han constituido como pareja de hecho en la forma legalmente prescrita”, y a los que -no infrecuentemente- el TS les ha negado la prestación de viudedad. Y, en quinto lugar, que la obligación de atender a las especificidades culturales de las diversas minorías existentes en nuestro país “no puede llegar al extremo de excepcionar la aplicación de la ley en los múltiples aspectos en que pudiera reflejarse su diversidad étnico-cultural [matrimonio; familia; comportamiento social...], so pena de comprometer gravemente la seguridad jurídica y la uniformidad en la aplicación de aquella -la ley-“.

La resolución del TS cuenta con un voto particular en el que se parte de una consideración inicial idéntica al de la postura mayoritaria. Se trata de las diferentes características que presenta el supuesto del TS y el caso enjuiciado en la STEDH, puesto que en este último “se partía del reconocimiento previo por las autoridades españolas de la relación entre la demandante y el fallecido, circunstancias que aquí no concurre ya que ninguno de los datos que aparecen reflejados en el relato de hechos probados de la sentencia puede servir para extraer esa conclusión”. Por tanto, lo que se discute ahora es la posibilidad de acceso a la pensión de viudedad como pareja de hecho por parte de quien ha estado unida al causante por virtud de rito gitano y la interpretación que deba hacerse de lo dispuesto en el art. 174.3 LGSS aplicable al caso, según el cual la existencia de la pareja de hecho se acredita con la “inscripción en alguno de los registros específicos existentes en la comunidades autónomas o ayuntamiento del lugar de residencia”.

Pues bien, ante la falta de inscripción registral o la no constancia de su constitución en documento público del supuesto enjuiciado, el planteamiento que hace la juez discrepante es interpretar esta obligación desde el prisma de la tutela antidiscriminatoria. Y así, en primer término, sostiene que tal obligación no comporta una discriminación directa, puesto que “lo que se predica respecto de la oficialización de la pareja de hecho no exige requisitos que expliciten una traba para las personas de cultura gitana”. Sin embargo, a su juicio, sí cabría plantearse una posible discriminación indirecta ya que aunque la regla de la necesaria inscripción registral o la documentación pública de constitución de la pareja de hecho pueda ser neutral, el colectivo gitano puede verse particularmente afectado por la misma debido a las características de sus tradiciones. Y en efecto, para la juez que emite el voto particular, las peculiaridades que presenta dicho colectivo, donde la unión de la pareja mediante el rito propio de su cultura lleva a esta a vivirla como si de un matrimonio se tratara, debe posibilitar una flexibilización del requisito comentado. De modo que “exigir en estos casos que la existencia de la pareja de hecho se acredite por la inscripción del registro de parejas se torna claramente redundante y, por ende, innecesaria, en la medida en que para la pareja gitana la aceptación de la llamada "ley gitana" les convierte, a su entender y al del resto de la comunidad en la que desarrollan su vida, en una unidad matrimonial no cuestionada como tal y, si cabe, con más fuerza”.

## V. CONSIDERACIONES FINALES: ¿EXISTE UNA DISCRIMINACIÓN INDIRECTA?

Como se ha podido comprobar, la solución que se le ha dado a las parejas unidas por el rito gitano en relación a un posible acceso a la pensión de viudedad del cónyuge sobreviviente bascula entre dos opciones. Una orientación, que vamos a llamar técnica o formalista, que hace prevalecer el dato normativo y las decisiones judiciales preexistentes. Y otra, más flexible y abierta, con la que se pretende la superación de cierta lógica instrumental. Tanta una como otra presenta debilidades y fortalezas que exponemos a continuación, considerando necesario abogar por el segundo de los posicionamientos por las razones que se relatarán más adelante.

La postura formalista parte de un dato normativo incontestable, el cual hemos expuesto más arriba, esto es, la falta de reconocimiento de efectos civiles a la unión de dos personas siguiendo las tradiciones y costumbres de la ley gitana. Pese a las características de la boda gitana, las cuales hemos relatado de forma muy resumida, y la vinculación normativa, al menos de facto, que se produce entre las personas que se unen por dicho rito, no es éste en la actualidad un procedimiento de celebración del matrimonio válido, por lo que no se podría acceder a la pensión de viudedad desde esta vía. Hemos recordado como el sistema de Seguridad Social no interviene en este punto, esto es, en la definición de lo que cabe entender por matrimonio a los efectos de poder disfrutar de la pensión de viudedad; de ahí que se asuma lo predispuesto por el ordenamiento civil o por las normas de la confesión religiosa respectiva que impongan los pertinentes requisitos para la válida celebración del matrimonio. Del mismo modo, si la única alternativa de las uniones gitanas para acceder a la pensión de viudedad es considerarlas parejas de hecho, las exigencias impuestas en el art. 221 del TRLGSS resultan de obligado cumplimiento. Y respecto a las mismas, únicamente la primera de ellas -convivencia estable y notoria con carácter inmediato al fallecimiento del causante y con una duración ininterrumpida no inferior a cinco años- es la que suele quedar acreditada, faltando la inscripción registral o la documentación pública correspondiente. Por lo que, de nuevo, una interpretación apegada a la norma obliga a descartar la posibilidad de que las uniones gitanas pueden acceder a una pensión de viudedad.

La jurisprudencia, en su mayoría, avalaría este posicionamiento técnico e instrumental, como hemos comprobado. El TC sostiene que no supone una discriminación por razones sociales que el legislador limite la prestación de viudedad a los supuestos de convivencia institucionalizada como casados, excluyendo otras uniones o formas de convivencia. Mientras el legislador no extienda la pensión de viudedad a otras uniones diferentes de las matrimoniales, la unión celebrada conforme a los usos y costumbres gitanos no ha sido reconocida por el legislador como una de las formas válidas para contraer matrimonio. En el caso del TS, se ha llegado a considerar que la unión gitana

no es medio probatorio válido que sirva para acreditar la constitución de una pareja de hecho equiparable al requisito de la inscripción registral o documentación pública pertinente establecido en la norma a los efectos de poder lucrar la pensión de viudedad.

La fortaleza de esta orientación es clara, se consigue dotar al sistema de Seguridad Social de una seguridad jurídica necesaria para atender las diversas necesidades sociales. Al mismo tiempo, la uniformidad en la aplicación de la ley evita posibles situaciones de desagravio con otro tipo de colectivos que tampoco atienden los requerimientos impuestos por la norma, si se aceptase que las uniones gitanas resultasen válidas para disfrutar de la pensión de viudedad. Como hace notar el TS en la sentencia comentada, aunque se pudiera mantener una interpretación sensible hacia la protección de la minoría gitana, se hace necesario una ponderación de los intereses en juego, y por ello no se puede excepcionar la aplicación de la ley en los múltiples aspectos en que pudiera reflejarse su diversidad étnico-cultural [matrimonio; familia; comportamiento social...].

Frente a esta línea de tendencia rigorista, se ha abierto paso otra orientación de carácter más abierta en la que se ha intentado justificar un posible reconocimiento del derecho a lucrar una pensión de viudedad a las uniones gitanas. Este posicionamiento minoritario ha tenido, a su vez, dos formas o cauces de fundamentación en favor del reconocimiento citado. El primero, se inicia con la STEDH de 8 de diciembre de 2009 y se basa en la aplicación de una diferencia de trato desproporcionado a partir de la existencia de una confianza legítima de los contrayentes por las razones antes expuestas. La segunda, se vislumbra a partir del voto particular de la STS de 25 de enero de 2018 en la que desplazando la cuestión de las uniones gitanas al ámbito de las parejas de hecho se postula que el requisito de la inscripción registral o la documentación pública correspondiente no debe reconocerse en estos casos con carácter constitutivo ya que de entenderlo así puede derivarse un perjuicio que ahonde en la vulnerabilidad en la que históricamente se ha situado al grupo. En ambos casos, se busca una interpretación flexibilizadora de la norma que trate de atender las especificidades culturales y sociales de los gitanos. En el primer caso, partiendo de la no consideración de matrimonio de las uniones gitanas, se busca fundamentar el acceso a la prestación de viudedad a partir de la existencia de evidencias que permitan pensar en una relación estable que actúa como tal y que se puede considerar equivalente a otras situaciones en las que sí se permitió tal acceso. En el segundo caso, se parte de la calificación de la unión gitana como pareja de hecho y se disculpa una formalidad por entender redundante la misma si se tienen en cuenta las tradiciones y usos de este grupo étnico. En ambas soluciones se toman en cuenta de forma relevante las exigencias comunitarias respecto a la protección de la minoría gitana.

La primera de las opciones presenta una debilidad en cuanto a la equiparación que se realiza entre el matrimonio gitano y el resto de matrimonios celebrados de buena fe o nulos. Ya se mencionaron algunas de las objeciones formuladas al respecto y no se trata ahora de volverlas a repetir. También la doctrina de la buena fe resulta cuestionable en relación a los actos instrumentales vistos más arriba respecto de los cuales la administración habría contribuido a afianzar. La segunda de las opciones situaría el problema en el marco de las parejas de hecho, lo que resulta difícilmente asumible de acuerdo a las reivindicaciones del pueblo gitano en punto al reconocimiento de efectos civiles de las uniones celebradas conforme a sus costumbres. Aunque es cierto que lo que se invoca en el supuesto enjuiciado por el TS en su sentencia de 25 de enero de 2018 es la existencia de una pareja de hecho. Tampoco se termina de profundizar en una posible discriminación indirecta a la que se alude de forma tangencial.

Expuestas de este modo las dos líneas de tendencia en relación a la cuestión que nos ocupa, a mi juicio falta todavía por elaborar (si es que existe) una solución eficaz que atienda adecuadamente los intereses en juego. Para ello hay que partir de la idea de que la respuesta que se tenga que dar a la cuestión del matrimonio gitano y sus implicaciones en materia de Seguridad Social debe hacerse desde una lógica pluralista en lo cultural y en lo jurídico. Como se ha dicho, si se reconoce la existencia de una pluralidad cultural también ha de hacerse con la pluralidad

jurídica<sup>38</sup>, ya que hasta ahora las soluciones unívocas que se han dado no parecen resolver este dilema. Y precisamente son estas decisiones uniformes las que no están teniendo en cuenta la dimensión étnica y cultural que presenta esta materia.

En primer lugar, si profundizamos un poco más en el aspecto étnico mencionado habría reconsiderar la posibilidad de que se estuviera produciendo una discriminación indirecta. Como se sabe, la Directiva 2000/43, del Consejo de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, afecta a la protección social de las personas, incluida en ésta de forma expresa la Seguridad Social y la asistencia sanitaria, conforme a lo dispuesto en el artículo 3.1.e). Y en este sentido el artículo 2.1.b) de la Directiva reconoce que existe discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica aparentemente neutros sitúe a personas de un origen racial o étnico concreto en una desventaja particular respecto a otras personas. La discriminación indirecta, por tanto, se origina en una situación de igualdad a partir de la cual se generan efectos discriminatorios de unos sujetos frente a otros. Y en este caso no parece descabellado entender que se haya producido una discriminación indirecta, porque es la pertenencia a la dicha colectividad la que determina que se celebre un rito matrimonial al que luego el ordenamiento jurídico no reconoce efecto alguno<sup>39</sup>. Como se ha subrayado, en el caso de la STEDH “a la recurrente se la impidió social y culturalmente trabajar fuera de casa (por ser mujer y gitana), se la impuso culturalmente contraer matrimonio de acuerdo a los usos gitanos (por ser mujer gitana) y cuidar del marido hasta la muerte de éste (por ser mujer y gitana), pero se la negó jurídicamente una pensión de viudedad (por una circunstancia que en ningún caso hubiera sido jurídicamente aplicable a una mujer paya o fácticamente aplicable a un varón gitano)”<sup>40</sup>. Es evidente que la defensa del matrimonio gitano como hecho cultural diferencial de la comunidad gitana equiparable al resto de formas matrimoniales aceptadas por el ordenamiento plantea, sin embargo, no pocos problemas, que no es momento de analizar. Pero si en materia de Seguridad Social, la no aceptación del matrimonio gitano deriva de únicamente de razones debiles o instrumentales que proceden del incumplimiento de formalidades, estas no habrían de ser tenidas en cuenta como obstaculo insalvable para conseguir su validez jurídica y poder acceder a la pensiones de viudedad<sup>41</sup>. No hacerlo supone desconocer la dimensión ética y cultural a la que nuestro ordenamiento debe atender, si lo que se pretende es dar una solución pluralista en lo cultural y en lo jurídico a este aspecto.

En segundo lugar, el caso del matrimonio gitano y su posible acceso a las pensiones de viudedad ilustra a la perfección como la diversidad social requiere de tratamientos diferenciados. Como se ha puesto de manifiesto, cuando se intensifican diferentes situaciones de desigualdad de trato en la protección prestacional del Estado, también se debe acrecentar la necesidad de regulaciones, y tratamientos, adaptados a las particularidades de las personas y los grupos o colectivos, primando la justicia sustantiva sobre la justicia formal, incluso individualizando las reglas en detrimento del principio de igualdad proporcional de trato<sup>42</sup>. Por ello, parece razonable demandar una orientación de la hermenéutica de nuestros intérpretes, especialmente del constitucional, del acervo jurisprudencial del TEDH como guía para la interpretación de los derechos fundamentales, lo que en el caso del art. 14 CE podría llevar a incluir, como el supuesto del art. 14 CEDH, la discriminación por indiferenciación<sup>43</sup>. Si esto fuera así, también sería

<sup>38</sup> DE LUCAS, J., *El desafío de las fronteras. Derechos humanos y xenofobia frente a la sociedad plural*, Madrid, Temas de Hoy, 1994, p. 62.

<sup>39</sup> OLARTE ENCABO, S., “De nuevo una reforma de las pensiones de viudedad: el desmoronamiento de toda una doctrina constitucional y la ignorancia de la dimensión multicultural. Sentencia del Tribunal Constitucional 69/2007, de 16 de abril”, *Temas Laborales*, num. 96, 2008, p. 255.

<sup>40</sup> Para REY MARTÍNEZ habría que hablar de una discriminación múltiple, *vid.* “La discriminación múltiple, una realidad antigua, un concepto nuevo”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 84, 2008, pp. 282-283.

<sup>41</sup> RUIZ SANZ, M., “Contradicciones argumentales...”, *op. cit.*, p. 348.

<sup>42</sup> MOLINA NAVARRETE, C., *Globalización, movilidad transnacional y prestaciones de Seguridad Social. “Micro-relatos” de equidad judicial ¿“renglones torcidos” de derecho?*, Albacete, Bomarzo, 2013, pp. 50-51.

<sup>43</sup> MOLINA NAVARRETE, C., “La Seguridad Social en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, *Trabajo y Derecho*, Núm. Monográfico 4, 2016, p. 11.

aceptable contemplar la discriminación múltiple, de tipo acumulativo o de carácter interseccional, ya que la misma se integra en el campo de la igualdad de trato prevista en el art. 14 CEDH<sup>44</sup>.

Finalmente, una orientación más abierta en favor de un eventual reconocimiento de la pensión de viudedad al cónyuge superviviente de un matrimonio celebrado conforme a las costumbres gitanas no resultaría extraño en un contexto jurídico donde la exigencia tradicional de haber contraído matrimonio legal para lucrar la citada prestación ha sufrido un proceso de flexibilización. Como se ha recordado, “si la inscripción del matrimonio en el registro civil no es un requisito consustancial al mismo, en la medida en que éste adquiere plena eficacia desde su celebración; si se ha concedido la prestación de viudedad en supuesto de celebración de matrimonio por formas religiosas no reconocidas legalmente por el ordenamiento jurídico español que, con posterioridad, se admitieron como válidas y con plena eficacia jurídica para todos los efectos; si la prestación ha sido concedida de forma generosa en supuestos matrimoniales controvertidos (cambio de sexo de uno de los cónyuges, poligamia, etc.); y, si, en fin, el propio TC no niega que un conviviente supérstite pueda tener algún tipo de protección desde el sistema público, por qué no va a ser posible entender, como lo hace el voto particular, que el matrimonio en este caso ha existido realmente, y debe generar, en consecuencia, todas las ramificaciones de tal circunstancia, incluida, en fin, la prestación de viudedad”<sup>45</sup>.

En definitiva, en línea con lo expuesto por el voto particular de la Sentencia del TS de 28 de enero de 2018 cabría superar cierta lógica meramente instrumental en los casos de matrimonios gitanos en los que el cónyuge superviviente pretende acceder a la pensión de viudedad y se le deniega por faltar el requisito de la inscripción registral. En primer lugar, ya hemos visto que la boda gitana crea un vínculo normativo entre los contrayentes y que la inscripción no es un requisito constitutivo que impida, en todo caso, el acceso a la pensión. Además hemos comprobado que ha habido una marcada relajación de este aspecto cuando las circunstancias lo han requerido. Por ello, una vez determinada la existencia de la celebración de dicha unión siguiendo los ritos y costumbres gitanas se podría disculpar el requisito de la inscripción para poder lucrar la pensión. Esta solución atendería la dimensión social y cultural a la que hemos aludido y a la que los poderes públicos están obligados a tener en cuenta para favorecer la igualdad real (art. 9.2 CE)<sup>46</sup>. Por el contrario, de entender que dicho requisito presenta una naturaleza constitutiva se estaría impidiendo en la práctica el acceso a la pensión de viudedad al colectivo gitano lo que llevaría a considerar la posibilidad de la existencia de una discriminación indirecta por cuanto no se tienen en cuenta las especificidades sociales y culturales de dicho grupo.

<sup>44</sup> Ampliamente, sobre esta opción, *vid.*, LOUSADA AROCHENA, J. F., “Discriminación múltiple: el estado de la cuestión y algunas reflexiones”, *Revista de Derecho Social*, núm. 81, 2018.

<sup>45</sup> ARIAS DOMÍNGUEZ, A., “Matrimonio gitano y devengo de la pensión de la viudedad”, *Aranzadi Social*, núm. 35, 2007, p. 8 [www.westlaw.es (BIB 2007/1233), extraído el 24.07.2018].

<sup>46</sup> Para ESPÍN SAÉZ y ESPADA MALLORQUÍN la solución a la controversia de las uniones gitanas y su posible acceso a la pensión de viudedad debería venir “de la mano de medidas no relacionadas directamente con el art. 14 CE, sino con otras de promoción de la igualdad real a que se refiere el art. 9.2 CE y con los derechos de minorías...” (“A vueltas con el matrimonio como presupuesto para generar el derecho a la pensión de viudedad”, *Revista de Derecho Social*, núm. 41, 2008, p. 159).



# CAPÍTULO XIII. URGE UNA MEJORA SUSTANCIAL EN LA PROTECCIÓN SOCIAL A LA FAMILIA COMO ESTRATEGIA QUE ASEGURE LA VIABILIDAD DE LAS FUTURAS PENSIONES

FCO. JAVIER FERNÁNDEZ ORRICO

*Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad Miguel Hernandez de Alicante*

## I. CUESTIÓN NUCLEAR

De un tiempo a esta parte estamos asistiendo a numerosas manifestaciones de colectivos de jubilados, quejándose por la escasa revalorización de la pensión de jubilación, que les llevan a perder poder adquisitivo. Se pone así en cuestión el mandato constitucional del artículo 50, de que se garanticen unas pensiones suficientes, adecuadas y actualizadas. Sin embargo, las medidas restrictivas propuestas en 2013 (factor de sostenibilidad, nuevo índice de revalorización, restricciones a la jubilación anticipada y a la jubilación parcial) se implantaron para garantizar la sostenibilidad del sistema de pensiones. Nos encontramos así, con una dicotomía complicada de gestionar. Queremos que las pensiones sean suficientes y además que la viabilidad del Sistema de pensiones esté garantizada en el futuro. Dos deseos aparentemente contradictorios que alguien debe conciliar, porque verdaderamente ambos son vitales. Pero, ¿cuál debería prevalecer?

Esa es la gran cuestión en la que se debaten nuestros políticos. Por un lado, los hay que prefieren asegurar la sostenibilidad del Sistema a costa de restricciones en los derechos económicos de los pensionistas, como medio de garantizar que al menos, los trabajadores puedan percibir su pensión aunque sea escasa, renunciando así al denominado Estado de bienestar en sentido amplio. Por el contrario, otros prefieren asegurar, de entrada, unas pensiones adecuadas y suficientes para todos, con independencia de los recursos financieros del Estado. Para ello proponen que se financien, junto con las cotizaciones sociales, mediante la creación de nuevas cargas impositivas y el endeudamiento público. Planteamiento este que no se ve con buenos ojos en la Comisión europea, y supondría otro impuesto más para los ciudadanos.

De ahí, que la situación en estos momentos es preocupante, pero en un futuro a medio plazo lo será mucho más, si no se adoptan medidas que permitan la viabilidad del sistema. En particular, si se quiere mantener funcionando del mismo modo el vigente régimen de reparto y solidaridad.

Una de las causas del problema (quizá la mayor) es el hecho de que existe una baja tasa de natalidad que provoca el quebranto de ese mecanismo, en virtud del cual los trabajadores actuales financian las pensiones de los beneficiarios de ahora. Los bajos niveles de fecundidad resultan ser la variable fundamental para que realmente se hable de envejecimiento, proceso este que tiene lugar al producirse el descenso conjunto de tasas de mortalidad y natalidad, lo que lleva al incremento de la proporción de personas mayores<sup>1</sup>. Desde luego, resulta intuitivamente evidente

---

<sup>1</sup> BAZO ROYO, M. T.: «Envejecimiento poblacional y mercado de trabajo; nuevos desafíos». *Trabajadores maduros. Un análisis multidisciplinar de la repercusión de la edad en el ámbito social*. VVAA (Director: Jesús R. Mercader Uguina). Lexnova. Valladolid. 2009, pág. 99.

que un crecimiento de la población causada por un ascenso en la fecundidad tendría unos efectos económicos diferentes a ese mismo crecimiento si, éste se debiera a una caída en la mortalidad<sup>2</sup>.

Conviene insistir, que en realidad, lo preocupante no es tanto la situación de estos años que vivimos ahora, sino la de los años futuros. Esto tiene que ver con el presente estudio, que trata de ir al núcleo de las dificultades que plantea la viabilidad del sistema público de pensiones. Problema que arranca de la necesidad de garantizar las pensiones a largo plazo, mediante una imprescindible mejora de la protección social a la familia. Llegamos a sí a la propuesta corolaria defendida en las páginas siguientes, que bien podría ser la siguiente: “Para unas pensiones futuras sostenibles y adecuadas, potenciemos la protección social de la familia de hoy”.

Y para mejorar la protección social de la familia, debemos comenzar por el principio, es decir, que de verdad haya familias. Y para eso, los poderes públicos deben asumir un papel primordial, teniendo presente que la protección a la familia se fundamenta en el artículo 39 de la Constitución, por el que los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia. En ese sentido, la Seguridad Social se encarga de asegurar que la protección social y económica de la familia sea suficiente ante situaciones de necesidad, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 41 del precepto constitucional.

## II. LA NECESIDAD DE REVERTIR LA TENDENCIA DEMOGRÁFICA

Aun reconociendo que la cuestión demográfica no es el único fenómeno que puede alterar la dinámica del funcionamiento del régimen de reparto y solidaridad de nuestro sistema de pensiones, es obvio que el descenso en la tasa de natalidad y el aumento en la esperanza de vida de las personas, condicionan negativamente la viabilidad del Sistema.

Unos datos bastarán para comprender gráficamente la arriesgada situación en que nos encontramos.

### 1. ÁMBITO INTERNACIONAL

En los países de la OCDE, la tasa de fertilidad<sup>3</sup> se sitúa por debajo del nivel de sustitución – número de niños necesarios para que la población total permanezca constante-, en 33 de 35 países. Las únicas excepciones son Israel, con una tasa de sustitución de 2,93 y México de 2,14. Sin embargo, en más de dos tercios de países de la OCDE, se ha producido un aumento moderado de las tasas de fertilidad desde principio de 2000. Las tasas de fertilidad repercuten profundamente en los sistemas de pensiones puesto que, junto con la esperanza de vida, son el factor que impulsa el envejecimiento de la población<sup>4</sup>.

A mi entender, el problema no es tanto el envejecimiento, si este se viera acompañado de nacimientos proporcionales. Es esa escasa fecundidad, que a parte de otros efectos, ponen verdaderamente en riesgo la sostenibilidad del sistema de pensiones, y en particular la jubilación. Conviene recordar, que en los años sesenta la tendencia demográfica era justamente la contraria a la actual. Se produjeron muchos nacimientos y con este hecho demográfico, el sistema se aseguraba su sostenibilidad porque en un sistema económico con crecimiento estable, ese incremento exponencial de la población no impedía que se ocuparan puestos de trabajo y que las cotizaciones financiaran, de forma suficiente a la población jubilada. Por otro lado, la esperanza de vida era menor porque entonces no existían los avances tecnológicos de hoy día en la sanidad, y la

<sup>2</sup> BRAÑA PINO, F. J., ESTEVE MORA, F., y ANTÓN PÉREZ, J. I. (Director: Rafael Muñoz de Bustillo Llorente): *Extensión de la vida laboral o inserción temprana de jóvenes. Alternativas al sistema de pensiones*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Colección Informes y Estudios (Serie Empleo) núm. 34, Madrid, 2007, pág. 15.

<sup>3</sup> La tasa de fertilidad es el número de hijos que tendría cada mujer si viviese hasta el final de sus años fértiles y diera a luz de acuerdo con la actual tasa de fertilidad para cada edad. Por lo general se computa sumando las tasas de fertilidad de edades específicas, definidas durante un intervalo de cinco años (OECD 2017, *Pensions at a Glance 2017: OECD and G20 indicators*. OECD Publishing, Paris, pág. 118.

<sup>4</sup> OECD 2017, *Pensions at a Glance 2017: OECD and G20 indicators*, pág. 118.



alimentación de calidad no estaba al alcance de toda la población<sup>5</sup>. A mediados de los años setenta se comenzaron a vislumbrar los inconvenientes de la disminución de la población, entre los que se encuentran, «el conservadurismo social, envejecimiento y sobrecarga para las personas que trabajan, de los gastos de Seguridad Social, aumento de las tensiones entre las generaciones, problemas de empleo en condiciones económicas normales»<sup>6</sup>. Sin embargo, poco tiempo antes, en 1970, el informe del Instituto Tecnológico de Massachusetts al Club de Roma, vino a lanzar la idea de la necesidad de «crecimiento demográfico nulo», que se convirtió en el programa y objetivo de muchos países de entonces, principalmente de los más desarrollados<sup>7</sup>.

## 2. ÁMBITO NACIONAL

La presión que sobre los sistemas de seguridad social ejercen los elementos demográficos no deben ignorarse, por las siguientes causas:

- a) El descenso de la natalidad, que en España ha pasado de 2,8 hijos por mujer en 1976 a 1,2 hijos de finales de los años 90', registro que ha mejorado pero solo ligeramente hasta los 1,35 hijos por mujer cifrados por el INE para el año 2011, número que se eleva hasta los 1,56 hijos en el caso de las extranjeras (cabe recordar que el punto de equilibrio, esto es, la tasa de reemplazo, es de 2,1 hijos por mujer).
- b) El envejecimiento progresivo de la población, que según la proyección realizada por el INE se hará especialmente patente a partir del año 2050, cuando la tasa de dependencia, es decir, la ratio de población mayor de 67 años y la población de 16 a 66 años, aumentará del 24,8 % actual al 60,2 %.
- c) El alargamiento de la esperanza de vida, a causa del buen funcionamiento de nuestro sistema sanitario y de nuestro estilo de vida, que algunos estudios cifran en 84,3 años para los varones y 89,9 años para las mujeres en 2049 (87,1 de media; 22,1 años desde los 65 años), un incremento de 6,5 y 5,8 años respecto a la esperanza media de vida al nacimiento en 2007. A ello se une la prolongación del tiempo de escolarización obligatoria en toda Europa<sup>8</sup> con el hecho de que un número cada vez mayor de jóvenes realiza estudios universitarios y superiores y todo ello con la situación de paro involuntario -y masivo, como en el caso de España- que cíclicamente azota a las economías en épocas de recesión. Esta situación determina un sustancial incremento de las personas no productivas, una fuerte alteración en la relación activos-pasivos (lo que resulta especialmente preocupante para sistemas de Seguridad Social como el nuestro, con una financiación basada en el régimen de reparto, en el que cualquier descenso en el número de cotizantes es motivo de preocupación) y un aumento del tiempo medio en que se disfruta la condición de pensionista o receptor de otra prestación del sistema<sup>9</sup>. Esta cuestión, viene representada por el conocido “vuelco de la pirámide de población”. Fenómeno que comienza a manifestarse de forma preocupante al haber existido un período reciente muy escaso de nacimientos, y a las cada vez mayores expectativas de alargamiento de

<sup>5</sup> GUTIÉRREZ BENGOCHEA, M.: *La sostenibilidad de las pensiones públicas: análisis tributario y laboral*. Thomson Reuters Aranzadi, 2017, pág.19.

<sup>6</sup> FERRER REGALÉS, M., NAVARRO, A., y D'ENTREMONT, A.: Las políticas demográficas. Año Mundial de la Población. Año Internacional de la Mujer. Orientación Bibliográfica, S. A., Madrid, 1975, pág. 27.

<sup>7</sup> CADAHÍA, J.: *Los derechos de la familia en la sociedad*. Ediciones Palabra. Madrid, 1982, págs. 273-274.

<sup>8</sup> En este sentido, como señalan CONDE RUIZ, J. L. y GONZÁLEZ, C. I.: «Envejecimiento, pesimistas, optimistas, realistas». *Fundación de Estudios de Economía Aplicada*. Colección Estudios Económicos 10/2010, pág. 14, «podemos observar que a lo largo de las últimas décadas se ha producido la ampliación de la etapa educativa. Se ha pasado de 10 años de media que dedicaba al estudio la generación nacida en 1940, a los 13,6 años de media que dedica la generación que acaba de terminar su etapa formativa».

<sup>9</sup> CAVAS MARTÍNEZ, F.: «Artículo 204. Concepto». *Comentarios a la Ley General de la Seguridad Social Vol. IV. Régimen de la Seguridad Social II: Acción Protectora*. (VVAA), Directores: Antonio V. Sempere Navarro y Guillermo L. Barrios Baudor, Coordinador: Faustino Cavas Martínez. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pág. 469.

la vida<sup>10</sup>. Ello unido a las futuras y próximas jubilaciones de los *baby boom* de los años sesenta<sup>11</sup> pueden provocar, si se mantienen los actuales mecanismos de aplicación del sistema de pensiones, que los trabajadores en activo no ingresen las cotizaciones suficientes para cubrir las pensiones de una gran parte de sujetos protegidos por la Seguridad Social que se jubilen o accedan a otra pensión (incapacidad permanente, viudedad, orfandad).

Prueba palpable de los problemas que los escasos índices de natalidad actual pueden crear en el futuro de las pensiones en España, es que, en el año 2015, según datos del INE, comenzó a haber más fallecimientos que nacimientos<sup>12</sup>. Concretamente en 2015, nacieron en España 420.290 niños<sup>13</sup>, es decir, 7.305 menos que el año anterior, mientras que en ese mismo año fallecieron 422.568 personas, (26.738 personas más que en el año anterior). La tendencia se mantuvo en 2016, en menor grado pues nacieron 410.583 niños, mientras que en el mismo período fallecieron 410.611 personas. Sin embargo, esta tendencia se ha agudizado en 2017, en el que se registraron 391.930 nacimientos, un 4,5 % menos (18.653 nacimientos menos) que en el mismo periodo del año anterior (continuando así la tendencia decreciente en el número de nacimientos desde 2008, interrumpida por el leve incremento experimentado en el año 2014). Mientras que en ese año de 2017 fallecieron en España 423.643 personas, un 3,2 % más que en el mismo periodo de 2016. En consecuencia el crecimiento vegetativo de la población residente en España (es decir, la diferencia entre nacimientos de madre residente en España y defunciones de residentes en el país), fue negativo en 2017 en 31.245 personas<sup>14</sup>.

### 3. CAUSAS DEL DESCENSO DE LA NATALIDAD Y PROPUESTAS PARA REVERTIR LA SITUACIÓN

Es obvio que la falta de nacimientos provoca este problema de envejecimiento proporcional de la población. Pero la cuestión que debería plantearse es, porqué hay pocos nacimientos.

La causa de este problema, que también tiene lugar en la UE, debe buscarse en diversos factores agrupados en dos clases<sup>15</sup>: por un lado, aquellos de naturaleza objetiva, que se conectan con el aumento del paro, la bajada salarial de los trabajadores de la eurozona y el hecho de la incorporación de la mujer al mercado laboral, factores que ha incidido en que las mujeres retrasen la edad en que deciden ser madres. Esto ha provocado que los matrimonios que han decidido tener hijos, no consigan tener, por términos medio más de dos. Desde una perspectiva más

<sup>10</sup> Ya se decía hace más de diez años que la edad media de la población mundial se estaba incrementando a razón de cuatro meses por año (GARCÍA GIL, M. B.: *Los instrumentos jurídicos de la política de empleo*. Thomson/Aranzadi, Cizur Menor, 2006, pág. 178).

<sup>11</sup> En los años 1957 y hasta 1975 nacieron en España 14 millones de niños, 4,5 millones más que en los 20 años siguientes y 2,5 millones más que en los 20 años anteriores (MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ BERNAT, J. A.: *La sostenibilidad de las pensiones públicas. Análisis de la Ley 23/2013, de 23 de diciembre, reguladora del Factor de Sostenibilidad y del Índice de Revalorización del Sistema de Pensiones de la Seguridad Social*, cit., pág. 23).

<sup>12</sup> La mayoría de los países utilizan la definición internacional “live birth” nacimiento vivo. Según la Organización Mundial de la Salud (OMS), un parto vivo es la expulsión o extracción completa de la madre, independientemente de la duración del embarazo, de un bebé que luego respira o muestra cualquier otro signo de vida, como latidos del corazón, la pulsación del cordón umbilical o movimiento definido de los músculos voluntarios, si se ha cortado o no el cordón umbilical o si se adjunta a la placenta. Cada nacimiento, con alguna de estas características se considera nacido vivo. Algunos países (LT, SK y RU) han añadido los criterios relativos al peso del bebé y/o la gestación, en: Eurostat Manuals and guidelines, *Demographic statistics: A review of definitions and methods of collection in 44 European countries*, 2015 editions, pág. 20.

<sup>13</sup> Conviene recordar a este respecto que la tasa de fertilidad es inferior en España: 1,39 hijos por mujer, frente a 1,70 en el promedio de la OCDE. Una tasa de fertilidad total de 2,1 hijos por mujer garantiza la estabilidad global de la población, asumiendo que no se producen flujos migratorios y que las tasas de mortalidad permanecen inalteradas (OECD 2017, *Pensions at a Glance 2017: OECD and G20 indicators*, cit. págs. 118-119).

<sup>14</sup> Datos obrantes en nota de prensa del Instituto Nacional de Estadística, de fecha 19 de junio de 2018, en: [http://www.ine.es/prensa/mnp\\_2017\\_p.pdf](http://www.ine.es/prensa/mnp_2017_p.pdf) (consulta 22-6-2018).

<sup>15</sup> GUTIÉRREZ BENGOCHEA, M.: *La sostenibilidad de las pensiones públicas: análisis tributario y laboral*, cit., 2017, págs. 18-19.

subjetiva, se da el fenómeno de que personas con cierto bienestar social, en que los dos cónyuges trabajan, tienden a ser más egoístas desde un punto de vista patrimonial y son reticentes a perder calidad de vida a causa de las dificultades que entraña la crianza y educación de los hijos. A lo que se añade que no se vea claro el futuro laboral que podrían tener sus hijos, lo que les frena a la hora de tener hijos. Es necesario por tanto, ofrecer alternativas, propuestas encaminadas a elevar la tasa de natalidad.

#### A) Conciliación laboral y familiar

Como se desprende de lo anterior, si bien es cierto que las mujeres se están retirando de la maternidad, y este abandono se suele asociar a su incorporación al empleo, también lo es que no se puede revertir la rueda de la historia: la única forma de recuperar las tasas de fecundidad es la de poner en pie políticas que permitan a las mujeres tener hijos/as sin verse obligadas a renunciar a un empleo estable de calidad<sup>16</sup>.

#### B) La inmigración

Otra posibilidad que puede contribuir a elevar la tasa de fecundidad, es el fenómeno de la inmigración, pues los extranjeros suelen tener más hijos que los españoles, de manera que las bajas tasas de natalidad pueden compensarse por altas tasas de inmigración, de hecho, en los años de crecimiento el incremento interanual se situaba en 400.000<sup>17</sup>.

### 4. CONEXIÓN ENTRE EL DESCENSO DE LA TASA DE NATALIDAD Y EL INCREMENTO DE LA ESPERANZA DE VIDA, CON LAS PENSIONES

Una reciente investigación<sup>18</sup>, se pregunta hasta qué punto la alarma en el sistema público de pensiones se justifica por cuestiones puramente demográficas. Y centra el objetivo del estudio en discernir hasta qué punto la reducción de cotizaciones y el incremento de beneficiarios están relacionados con el proceso de envejecimiento producido por la caída de natalidad y el incremento de la esperanza de vida.

El estudio, llega a la conclusión, de que la situación de la Seguridad Social es económicamente –que no demográficamente- insostenible. Se afirma que nada tiene que ver la baja fecundidad ni la llegada a la jubilación de generaciones cada vez más numerosas, sino que ello se debe a la estructura del mercado de trabajo en España. En concreto aseguran, que si la fecundidad de finales del siglo XX en lugar de ser de las más bajas del mundo, hubiera garantizado la reproducción de las generaciones (con 2,1 hijos por mujer), la situación en el mercado de trabajo hubiese sido aun más dramática si cabe. De hecho, señalan, que si bien es verdad que la crisis económica llevó consigo la caída de 3 millones de cotizantes, mermando sustancialmente los ingresos del Sistema, sin embargo afirman, que nada tenía que ver en ello, la evolución de la natalidad. De hecho, se argumenta, si hubiera habido más nacimientos el paro sería mayor, pues incrementaría el número de población en busca de empleo, que alcanzó en 2013, los 6 millones de personas, y ha descendido hasta casi los 3 millones en esta nueva fase de recuperación económica iniciada entonces. Todo ello para llegar a la conclusión general de que hace falta urgentemente que los contribuyentes potenciales (ya nacidos hace más de 16 años) consigan hacer efectivo su derecho

<sup>16</sup> PAZOS MORÁN, M.: «La igualdad de género como condición para la sostenibilidad demográfica». *Papeles de Trabajo*. Instituto de Estudios Fiscales, núm. 11/2011, pág. 12.

<sup>17</sup> MONEREO PÉREZ, J. L. y FERNÁNDEZ BERNAT, J. A.: *La sostenibilidad de las pensiones públicas. Análisis de la Ley 23/2013, de 23 de diciembre, reguladora del Factor de Sostenibilidad y del Índice de Revalorización del Sistema de Pensiones de la Seguridad Social*, cit., pág. 32.

<sup>18</sup> MIRET GAMUNDI, P. y ZUERAS, P.: «Alarma en el sistema público de pensiones: ¿culpa de la demografía?». *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*. Economía y Sociología, núm. 131, 2017.

constitucional al trabajo, y que mientras no se solucione este problema de ocupación, se afirma que promover la natalidad será a todas luces contraproducente<sup>19</sup>.

Desde luego, coincido plenamente con los autores de la investigación, en la necesidad de que los trabajadores tengan mayores posibilidades de acceso al mercado de trabajo, para hacer efectivo su derecho constitucional al trabajo, y creo que este es el problema fundamental. Es obvio que cuantas más personas estén trabajando mejor para todos. Para ellas, porque obtienen los ingresos para vivir, siempre que se respeten los mínimos que conlleva la dignidad humana. Mejor para la empresa, porque con la ocupación de trabajadores, colabora en la creación de riqueza. Y en lo que afecta a la cuestión que comentamos, es evidente que si se incrementa el número de cotizantes, ello ayudará a la revitalización del sistema.

Sin embargo, pese al riguroso e interesante estudio, a mi parecer, sí es importante que exista una amplia base de trabajadores en el período considerado de población activa, fruto de un incremento en la tasa de natalidad, que apunte de forma sólida al sostenimiento de la financiación de las pensiones públicas. Pero esto no se soluciona de la noche a la mañana, es preciso proponer políticas muy a largo plazo que hagan posible esta realidad y estudiar las medidas que han incorporado a su régimen jurídico los países de nuestro entorno.

Es verdad que si esa franja de la población se encuentra en su mayoría en el paro e incluso percibiendo prestaciones por desempleo, si son muchos, supondrá un mayor gasto y probablemente pondrá en peligro la viabilidad del Sistema, pero, ¿que ocurriría si en lugar de estar en el paro se encuentran trabajando? Esta es precisamente una de las hipótesis que se contemplan en la investigación, al considerar que puestos a dibujar un escenario optimista, se podría pensar cómo sería la situación si la población desempleada estuviera ocupada y cotizando.

Creo que el estudio pone el dedo en la llaga, porque llega a una conclusión fundamental, y es la necesidad de promover políticas de fomento de empleo de los trabajadores. Pero al mismo tiempo, para que exista una proporción razonable entre cotizantes y perceptores de pensiones, debe existir una amplia base de trabajadores en la franja de la vida que corresponde a la población activa (16 a 65 años), precisamente para compensar posibles “crisis” que puedan llegar en el futuro. La primera, en pocos años, cuando se jubile la generación de los *baby boom*, hacia 2026. Y también para poder volver a contribuir al Fondo de Reserva con nuevos ingresos procedentes de los excedentes de la Seguridad Social.

En consecuencia, si disminuyera más aun la tasa de natalidad, al llegar a la fase correspondiente a la población activa, sería complicado atender con sus cotizaciones el pago de las pensiones, que representan un mayor número que el de trabajadores. Por lo que debemos concluir, que es necesario revertir la situación, buscando los medios para incentivar la natalidad. Esos medios, pasan por la incuestionable mejora de las medidas de protección social de la familia.

### III. EVOLUCIÓN EN ESPAÑA DE LA PROTECCIÓN SOCIAL A LA FAMILIA

La protección social de la familia en España, no fue de las primeras iniciativas que se pusieron en marcha en los albores de la previsión social pública.

#### 1. PRIMERA NORMA

La primera norma que estableció un sistema de protección a la familia, fue la Ley de 18 de julio de 1938, por la que se creo un Régimen Obligatorio de Subsidios Familiares. Tenía como finalidad, la de «proporcionar a los trabajadores por cuenta ajena (con independencia de su remuneración y clase de trabajo), un auxilio económico en relación con el número de hijos

<sup>19</sup> Ibidem, págs. 115, 117, 118, 123, 124, 134 y 135.

(menores de 14 años) o asimilados a ellos que tengan a su cargo y vivan en su hogar, mediante el reparto equitativo de estas cargas familiares entre todos los que han de contribuir a costearlas»<sup>20</sup>.

## 2. EL PLUS DE CARGAS FAMILIARES

Significativa fue la Orden de 29 de marzo de 1946<sup>21</sup>, por la que se unificaron las normas del plus de cargas familiares<sup>22</sup>. Era un plus que se satisfacía a los trabajadores en atención a sus respectivas obligaciones familiares, en función de su retribución en la empresa.

La normativa que lo regulaba era detallada, y consistió en implantar en las empresas un complemento del salario, denominado Plus de Cargas Familiares que funcionaba mediante un sistema de puntos, en función del número de hijos menores de 23 años que no trabajaran, y siempre que el trabajador estuviera casado y el cónyuge no trabajara.

El Plus de Cargas Familiares se abonaba con cargo a un fondo aportado por la empresa correspondiente, que estaba constituido generalmente por el 10 % de la nómina o por el porcentaje que se fijara en cada actividad. Una vez fijado el monto, y el número de puntos de la empresa, según las circunstancias de los trabajadores, se determinaba el valor de cada punto, dividiendo ese fondo, entre el número de puntos. A continuación, no había más que multiplicar el valor de cada punto por el número de puntos que acreditaba cada trabajador según su situación familiar, que es la prestación económica que les correspondía por el Plus de cargas familiares.

En realidad se trataba de una ayuda familiar que soportaba la empresa obligada por la norma, lo que constituía un sobrecoste al salario y a los seguros sociales.

En cualquier caso, y ajustando algunos criterios de aplicación de entonces, según las circunstancias familiares de hoy día, se trataba de un sistema ciertamente equitativo, pues, se premiaba más a aquellos trabajadores que proporcionalmente aportaban en mayor medida a la demografía, y como consecuencia soportaban un mayor coste de mantenimiento por los hijos. Algo parecido se podría establecer de forma adicional, a las medidas sobre protección a la familia que se proponen al final de este estudio.

## 3. FAMILIAS NUMEROSAS

Con respecto a los beneficios por familia numerosa, la Ley de 13 de diciembre de 1943, de Familias numerosas y su Reglamento de 31 de marzo de 1944, clasificaron a las familias numerosas en función del número de hijos: de 4 a 7 hijos, de primera categoría; de más de 7 hijos, de segunda. Estableciéndose la categoría de honor a las familias con 12 o más hijos. Para ellos se preveían beneficios en materia de educación, fiscal, mejora del subsidio familiar, viajes y asistencias sanitarias, provisión de destinos, beneficios de colocación, colonización y viviendas. Estableciéndose, asimismo un régimen de responsabilidades y sanciones para casos de incumplimientos por parte de las empresas y ocultación o falsedad de datos por los beneficiarios.

Como luego se verá, el concepto de familia numerosa ha variado sustancialmente en relación con el concepto que se contiene en la regulación vigente.

<sup>20</sup> La financiación se llevó a cabo por empresarios, trabajadores, funcionarios y por el propio Estado. En concreto, se encargó por el Instituto Nacional de Previsión a la Caja Nacional de Subsidios Familiares que comprendía a las empresas y trabajadores, pues se trataba de un régimen de reparto, y con un capital fundacional (de 5 millones de pesetas) aportado por el Estado; constituyéndose además un fondo de reserva, cuya finalidad era la de atender las diferencias entre los riesgos calculados y el de los efectivos. La cuantía del subsidio se abonaba, por meses, semanas o días en función del número de hijos.

<sup>21</sup> Esta Orden, que entró en vigor el 1 de abril de 1946, derogó la Orden de 19 de junio de 1945.

<sup>22</sup> Y ello, sin perjuicio de las asignaciones denominadas: premios de nupcialidad y de natalidad, que se preveían en los estatutos de las Mutualidades Laborales creadas a partir de 1947.

#### **4. LEY DE BASES DE LA SEGURIDAD SOCIAL DE 1963 Y SUBSIGUIENTES LEYES GENERALES DE 1966,1974**

Prevía a la Ley de Bases de 1963, se estableció la Ley 1/1962, de 14 de abril, sobre Régimen Laboral de Ayuda Familiar, que no llegó a entrar en vigor porque fue suspendida por el Decreto-ley 2/1963, de 17 de enero, sobre Régimen de Ayuda Familiar, justificándose por encontrarse sometida a estudio en esos momentos la reestructuración general del sistema de Seguridad Social, que dio lugar a la Ley de Bases de 1963. Sin embargo, ese Decreto-ley, estableció la exención de las prestaciones de los regímenes de Subsidio Familiar y Plus Familiar, de cualquier exacción, contribución o impuesto, además de no computarse para la liquidación de cuotas de seguridad social.

La Ley 193/1963, de 28 de diciembre, sobre Bases de la Seguridad Social, era una ley de principios, no directamente aplicable, en cuya Base undécima preveía integrar el Subsidio y el Plus Familiar, que consistirían, en una asignación mensual uniforme por cada hijo menor de dieciséis años o incapacitado para el trabajo, en una asignación mensual uniforme por esposa. Se financiarían, mediante aportaciones con cargo al Fondo Nacional de Protección al Trabajo, y mediante cotizaciones, con bases tarifadas. Además, a los trabajadores por cuenta ajena se les otorgarán, asimismo, las siguientes prestaciones:

- a) Una asignación al contraer matrimonio.
- b) Una asignación al nacimiento de cada hijo.

Estas prestaciones serían contributivas. Se revisaría por el Gobierno el sistema de protección a las familias numerosas, estableciendo desgravaciones fiscales, bonificaciones en matrículas de los Centros docentes, becas, derecho preferente a la formación profesional, reducciones en el precio de los transportes, créditos sociales, prioridad en la adjudicación de viviendas construidas con la protección del Estado y cualesquiera otras medidas similares de tipo social que contribuyan a su protección.

Se concederá una protección especial a las familias con hijos con discapacidad.

Los huérfanos menores de dieciocho años de trabajadores muertos a consecuencia de accidentes de trabajo o enfermedad profesional tendrán preferencia absoluta para disfrutar de los beneficios de la acción formativa dispensada por todo tipo de Centros e Instituciones públicas.

Anualmente se concederán premios nacionales y provinciales de natalidad.

Con estos argumentos se publicó el Decreto 907/1966, de 21 de abril, cuyo capítulo IX del Título II, fijó las prestaciones económicas de protección a la familia que esencialmente consistían en (artículo 167):

- Una asignación mensual por cada hijo a cargo del beneficiario, menor de 16 años o incapacitado para el trabajo.
- Una asignación mensual, por la esposa o por el marido a cargo de ella, incapacitado para el trabajo.
- Una asignación al contraer matrimonio.
- Una asignación por nacimiento de hijo.

El Decreto 2065/1974, de 30 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS94), refunde en una sola ley varias, entre la que se encuentra la de 1966, que se transpone a la nueva ley con las mismas prestaciones, si bien, en el caso de la asignación mensual por cada hijo, se eleva a 18 años.

#### **IV. LOS NUEVOS MECANISMOS INSPIRADOS EN LA CONSTITUCIÓN**

Con la llegada de la Constitución de 1978, la forma de protección a la familia fue derivando desde el nivel contributivo en el que se encontraba instalado, hasta la modalidad no contributiva,

porque quizá se pensaba que solo debía ayudarse a la familia en casos de auténtica necesidad, en función de los ingresos familiares. Además, al referirse a la familia, implícitamente se entiende que los destinatarios son los hijos, descartándose al cónyuge, a diferencia de tiempos anteriores que formaba parte de las ayudas familiares, quizá porque no era frecuente que trabajara fuera de casa.

## 1. EL INICIO DE LA MODALIDAD NO CONTRIBUTIVA

La Ley 26/1985, de 31 de julio de racionalización de la estructura y de la acción protectora de la Seguridad Social, reordenó las prestaciones familiares, suprimiendo las prestaciones a tanto alzado, salvo las correspondientes a hijo a cargo, que en el caso de colectivos con escasos ingresos se les adicionó un complemento, financiado con los recursos que estaban previstos para aquellas prestaciones suprimidas<sup>23</sup>.

El cambio más relevante que se produjo, fue la reforma de las prestaciones familiares llevada a cabo, con la publicación de la importantísima Ley 26/1990, de 20 de diciembre, por la que se establecen en la Seguridad Social prestaciones no contributivas<sup>24</sup>, desarrollada por Real Decreto 356/1991, de 15 de marzo, que regulaba las prestaciones por hijo a cargo. Se establecieron dos prestaciones: la asignación económica por hijo a cargo, en función de los hijos a cargo y de los ingresos (tanto para la modalidad contributiva, como no contributiva) y la denominada “prestación no económica” destinada a los trabajadores por cuenta ajena dados de alta en el Régimen General, que suponía computar como efectivamente cotizado, el primer año de excedencia laboral disfrutado para el cuidado de hijos, con reserva del puesto de trabajo.

Diez años más tarde, se crearon nuevas prestaciones de ayuda a la familia con más de dos hijos o con partos múltiples, a través del Real Decreto Ley 1/2000, de 14 de enero, sobre determinadas medidas de mejora de la protección familiar de la Seguridad Social, y el Real Decreto 1368/2000, de 19 de julio, de desarrollo de las prestaciones económicas de pago único por nacimiento de tercer o sucesivos hijos y por parto múltiple. A continuación, la Ley 52/2003, de 10 de diciembre, de disposiciones específicas en materia de Seguridad Social, modificó sustancialmente el Capítulo IX de la LGSS94, en los siguientes aspectos:

1.º Desaparece, por superflua, la asignación económica por hijo a cargo, en la modalidad contributiva. De ese modo, se reconducen las prestaciones económicas de asignación por hijo a cargo desde la modalidad contributiva hasta el nivel no contributivo con independencia de, si el beneficiario se encuentra o no dado de alta en la Seguridad Social. En realidad, los requisitos esenciales de no superar determinados ingresos eran prácticamente iguales en ambas modalidades. Con la nueva regulación se suprime la obligación de encontrarse de alta en la Seguridad Social, que se exigía en la modalidad contributiva debiéndose acreditar, en todo caso, la residencia habitual en territorio español. Se evita de ese modo la existencia de dos mecanismos básicamente iguales (el límite máximo de rentas exigido era el mismo en ambas modalidades). En síntesis, se simplifica la gestión y se eliminan innecesarias duplicidades.

2.º La Ley 52/2003, trasladó al texto de la LGSS94, las nuevas prestaciones familiares que sólo contemplaban su regulación en el Real Decreto Ley 1/2000, de 14 de enero, sobre determinadas medidas de mejora de la protección familiar de la Seguridad Social, y que son la prestación por nacimiento de hijo y la prestación por parto múltiple<sup>25</sup>.

<sup>23</sup> Las de pago periódico (por esposa 375 ptas./mes y por hijo a cargo 250 ptas./mes). Las de pago único (por matrimonio 6.000 ptas. y por nacimiento de hijo 3.000 ptas.). Sobre esta cuestión resalta, GALA VALLEJO, C.: *La familia y su protección en España*. Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Madrid, 2002, pág. 119 nota 64, que la pérdida de significación de las ayudas familiares de la Seguridad Social, coincidió con la baja tasa de nacimientos en España.

<sup>24</sup> El contenido de la Ley 26/1990, después de haber transitado por la LGSS94, en lo referente a las prestaciones familiares figura volcado en el Capítulo IV, del Título II, del *Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre*, por el que se aprobó la vigente Ley General de la Seguridad Social (LGSS).

<sup>25</sup> Los artículos 2 y 3, del Real Decreto Ley 1/2000, de 14 de enero, que regulaban las referidas prestaciones familiares, fueron derogados por la Ley 52/2003.

3º. Otra aportación, que incorporó la Ley 52/2003, fue la extensión de la prestación de la asignación económica por cada hijo, no sólo respecto a los hijos nacidos, cualquiera que sea la naturaleza legal de la afiliación, sino también a los menores acogidos, en acogimiento familiar, permanente o preadoptivos.

Finalmente, se equipara el tratamiento de la prestación económica por nacimiento de tercer y sucesivos hijos y de la prestación por parto múltiple, con la adopción de un tercer hijo, y con la adopción múltiple, respectivamente.

## 2. LA REORDENACIÓN DE LA PROTECCIÓN A LA FAMILIA

Como desarrollo de la Ley 52/2003, se reordenaron las prestaciones familiares de Seguridad Social, a través del Real Decreto 1335/2005, de 11 de noviembre, por el que se regulan las prestaciones familiares de Seguridad Social (BOE del 22), que deroga el Real Decreto 356/1991, de 15 de marzo y el Real Decreto 1368/2000, de 19 de julio. El RD 1335/2005, reconoce en su preámbulo, que la reordenación de la regulación de las prestaciones familiares de la Seguridad Social se debió a la Ley 52/2003, entre cuyos objetivos figura «el de clarificar la naturaleza de esta clase de prestaciones». Se echaba de menos un único cuerpo legal que evitara la dispersión normativa que se había creado con la publicación sucesiva, de distintas normas de diferente rango que hacían referencia a las prestaciones familiares. Con la entrada en vigor de la Ley 52/2003 y su desarrollo reglamentario operado por RD 1335/2005 se cumplió este último objetivo.

## 3. UNA REFORMA PARCIALMENTE FALLIDA

La última reforma de cierta envergadura sobre protección a la familia, se produjo por Ley 35/2007, de 15 de noviembre por la que se estableció la deducción por nacimiento o adopción en el IRPF y la prestación económica de pago único de la Seguridad Social por nacimiento o adopción. Esta norma, tuvo como objetivo, la creación de una nueva prestación familiar de Seguridad Social de pago único por nacimiento o adopción de hijo (desaparecida en la actualidad), con una doble naturaleza: fiscal de una parte, siempre que fuera posible y de forma prioritaria, y de otra, en forma de prestación de Seguridad Social subsidiariamente cuando no hubiera sido posible la deducción fiscal<sup>26</sup>. A su vez, esta ley, creó otra prestación familiar, la prestación económica de pago único a tanto alzado por nacimiento o adopción de hijo en supuestos de familias numerosas, monoparentales y en los casos de madres con discapacidad. La reforma, mejoró de forma significativa las prestaciones económicas vigentes al tiempo de la publicación de la Ley. Sin embargo, desde entonces (más de diez años), no se ha llevado a cabo ninguna iniciativa legislativa sobre protección a la familia. Ni siquiera en estos últimos años de crisis que han afectado, sobre todo al núcleo familiar, en que en muchos casos ningún miembro tenía trabajo ni derecho a la prestación por desempleo.

## V. REGULACIÓN VIGENTE

Sin entrar con profundidad en su contenido<sup>27</sup>, en la actualidad, las prestaciones familiares se bifurcan en dos modalidades, la contributiva<sup>28</sup> y la no contributiva<sup>29</sup>.

<sup>26</sup> Se trata de una prestación fallida, la conocida como “cheque bebé”, que coincidió su eliminación el 31 de diciembre de 2010, con la aparición de la “prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave”, última prestación, que podría catalogarse también como “familiar” incorporada al sistema de Seguridad Social y que resulta de aplicación desde el 1 de enero de 2011.

<sup>27</sup> Un interesante estudio sobre el mecanismo de la protección familiar en materia de Seguridad Social en España y en el marco de la UE, en GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J. A.: «La previsión social de la familia en la Unión Europea». *Hacia la protección de la Familia. Perspectivas del Derecho de Familia Hoy: Preguntas, Respuestas y Propuestas*. Civitas Thomson Reuters, Cizur Menor, 2012, págs. 65-77.

<sup>28</sup> La modalidad contributiva de la protección a la familia se regula en el Capítulo XV, del Título II, artículos 235 a 237 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS).



## 1. MODALIDAD CONTRIBUTIVA

La protección a la familia en la modalidad contributiva, se denominó al principio como prestación no económica, por el RD 356/1991, de 15 de marzo, y consiste en la consideración como período de cotización efectiva, a efectos de lucrar determinadas prestaciones de la Seguridad Social en el futuro, la excedencia o reducción de jornada en determinadas circunstancias frecuentemente vinculadas a cuidados familiares, incluyéndose, asimismo, los períodos asimilados por parto, o la de los beneficios por cuidado de hijos o menores. Esta es la diferencia con la prestación familiar de Seguridad Social no contributiva. Ello, no es óbice para que los trabajadores accedan a la prestación no contributiva si reúnen los requisitos exigidos, especialmente, el de no superar determinados ingresos económicos. Lo cual no es frecuente, porque quien tiene un trabajo, salvo que sea muy precario, superará el nivel mínimo de ingresos exigido.

## 2. MODALIDAD NO CONTRIBUTIVA

Las prestaciones familiares que contiene la modalidad no contributiva, contrariamente a lo que pudiera parecer, son más importantes desde el punto de vista de su cuantía económica. En esta modalidad lo que se tiene en consideración, junto a la existencia de otras circunstancias concretas, es la de encontrarse en situación de necesidad, concretada en la no superación de un determinado nivel de ingresos económicos<sup>30</sup>, salvo que se trate de hijos o menores a cargo con discapacidad, en cuyo caso no se exigirá ningún límite de recursos. En esta modalidad las prestaciones previstas de protección a la familia pueden ser de pago periódico o, a tanto alzado.

### A) Prestación económica de pago periódico

La prestación económica de pago periódico de protección a la familia en la modalidad no contributiva se concreta en la asignación económica por cada hijo o menor a cargo. Tal prestación económica, de pago periódico, en modo alguno resuelve el mantenimiento de cada hijo, pero supone una pequeña ayuda, aunque mínima, para sobrellevar las cargas económicas de la familia, y se eleva en función del grado de discapacidad y de la edad de los hijos<sup>31</sup>. Y así, más que de una prestación quizá debiera hablarse de una ayuda familiar por hijo a cargo. En estos casos la Seguridad Social cubre la contingencia que provoca el exceso de gastos que ocasiona la familia. No se trata de reparar un infortunio, por no considerarse como tal la llegada de los hijos, sino que lo que se busca es alcanzar un incremento del bienestar social de la familia, aunque por las cuantías que se otorgan no parece que sea posible salir de la situación de necesidad. Por tanto, no se trata de una protección por la pérdida de ingresos, sino más bien por el aumento de los gastos.

<sup>29</sup> La protección familiar en la modalidad no contributiva se regula en el Capítulo I, del Título VI, artículos 351 a 362 de la LGSS.

<sup>30</sup> Para el año 2018, los límites de ingresos para tener derecho a la asignación económica por hijo o menor a cargo quedan fijados en 11.953,94 euros anuales y, si se trata de familias numerosas, en 17.991,42 euros, incrementándose en 2.914,12 euros por cada hijo a cargo a partir del cuarto, éste incluido (disposición adicional cuadragésima sexta. Cuatro Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018, en adelante LPGE-2018).

<sup>31</sup> En el caso de hijos menores de 18 años y no afectados por discapacidad, la cuantía de la asignación económica por cada hijo o menor acogido a cargo, es de 291 euros al año, como se indica en el artículo 353.1 LGSS, teniéndose en cuenta además los ingresos, en caso de superar el límite de rentas que se fije.

En el caso de hijos o menores con discapacidad, las cuantías se fijan anualmente en la correspondiente Ley de Presupuestos Generales del Estado. Para el año 2018, 1.000 euros anuales cuando el hijo o menor a cargo acrediten un grado de discapacidad igual o superior al 33 %; 4.561,20 euros, cuando el hijo a cargo sea mayor de 18 años y esté afectado por una discapacidad en un grado igual o superior al 65 %; 6.842,40 euros, cuando el hijo a cargo, mayor de 18 años, afectado por una discapacidad en un grado igual o superior al 75 % y, como consecuencia de pérdidas anatómicas o funcionales, necesite el concurso de otra persona para realizar los actos más esenciales de la vida, tales como vestirse, desplazarse, comer o análogos (disposición adicional cuadragésima sexta. Uno y Dos LPGE-2018).

## B) Prestaciones económicas de pago único

En la línea de impulsar la tarea de protección económica de la familia, como elemento esencial de la sociedad, y ante la amenaza del alarmante descenso de natalidad en nuestro país, se crearon tres prestaciones de pago único, con la finalidad de compensar, en parte, los mayores gastos que se producen en supuestos de familias numerosas, monoparentales y en los casos de madres con discapacidad<sup>32</sup>, así como aquellos supuestos, en que de forma simultánea deben cuidar de varios hijos por el hecho de producirse el parto o adopción múltiples<sup>33</sup>. Esta prestación por parto o adopción múltiple, resulta extraña al nivel no contributivo de la Seguridad Social, pues no reúne las características propias de aquél. En efecto, si hay una nota básica en la modalidad no contributiva es aquella por la que se exige que se acredite la ausencia de un determinado nivel de ingresos o rentas, como sucede en las dos prestaciones antes analizadas y en los supuestos de hijos o menores acogidos con un grado de discapacidad inferior al 33 %.

Como dispone el artículo 26 del RD 1335/2005, la cuantía de la prestación económica por parto o adopción múltiples será la establecida en el artículo 188 de la LGSS94 que debe entenderse referido al vigente artículo 360 LGSS. A su vez, dicho artículo establece que, se trata de una prestación de pago único vinculada a un número de veces el salario mínimo interprofesional<sup>34</sup>, en función del número de hijos, nacidos en el parto o adoptados de acuerdo con las siguientes cuantías<sup>35</sup>:

Número de hijos nacidos o adoptados	Número de veces el salario mínimo interprofesional
2	4
3	8
4 y más	12

Por último, conviene no olvidar que pese a tratarse de prestaciones no contributivas, su gestión y reconocimiento corresponde al INSS, de acuerdo con lo establecido en el artículo 373.1.a) de la LGSS<sup>36</sup>, por la que la tramitación de las prestaciones de Seguridad Social, se ajustará a lo dispuesto en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, con las especialidades en ella previstas para tales actos en cuanto a impugnación y revisión de oficio.

En un primer análisis, creo importante resaltar, en relación a la forma de otorgar las prestaciones, que sería de más utilidad para las familias, las ayudas económicas periódicas, que las ayudas a tanto alzado. Y por supuesto que sean de importes más elevados, si de verdad se quiere colaborar en potenciar la protección a la familia.

Otro aspecto en el que no me puedo detener demasiado son las ayudas a la familia en el ámbito fiscal, pero por su novedad e interés merece un apunte. En concreto, con la entrada en vigor de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018 (LPGE 2018), se modifica la Ley 35/2006, de 28 de noviembre (IRPF), en virtud de la cual se incrementa el incentivo fiscal cuando se tenga que soportar gastos por la custodia del hijo menor de tres años en guarderías o centros educativos autorizados<sup>37</sup>. Asimismo, con el objetivo de

<sup>32</sup> En supuestos de familias numerosas, monoparentales y en los casos de madres con discapacidad, la cuantía económica de la prestación por nacimiento o adopción de hijo, consistirá en un pago único de 1000 euros, que se restringe a los tres colectivos citados (artículo 358.1 LGSS y disposición adicional cuadragésima sexta.Tres). Se aplica desde el primer nacimiento o adopción.

<sup>33</sup> Véanse los artículos 359 y 360 de la LGSS. Véase, asimismo, la sección 3ª del Capítulo III del RD 1335/2005.

<sup>34</sup> De acuerdo con el artículo 1 del Real Decreto 1077/2017, de 29 de diciembre, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para 2018 (BOE del 30), el SMI será de 24,53 euros/día, o 735,90 euros/mes, que en cómputo anual será de 10.302,60 euros (artículo 3.1).

<sup>35</sup> Artículo 360 de la LGSS.

<sup>36</sup> La gestión de las prestaciones familiares corresponde al INSS, como asimismo señala el artículo 27 del RD 1335/2005, de 11 de noviembre.

<sup>37</sup> Según el artículo 81.2 de la Ley 35/2006, de 28 de noviembre, en la redacción del artículo 61 de la LPGE 2018, el importe de la deducción de 1.200 euros anuales por cada hijo menor de tres años, se podrá incrementar hasta en 1.000

fomentar la natalidad, se amplía la cuantía de los límites establecidos para las deducciones por familia numerosa<sup>38</sup>. Estas dos novedades constituyen otro granito de arena a tener en cuenta, en el derribo de obstáculos para fomentar la natalidad. Y además, como recalca el preámbulo de la ley, no solo estimulará la incorporación de la mujer al mercado laboral sino que, al tenerse en cuenta tales gastos, facilitará la conciliación de la vida familiar y laboral y el acceso del hijo menor de tres años al primer ciclo de la educación infantil.

## VI. REGULACIÓN DE LA PROTECCIÓN FAMILIAR EN OTROS ESTADOS

Con frecuencia se oye decir que las ayudas a la familia en países como Alemania o Suecia son muy altas, y que así es más asequible realizar una política que persiga el incremento de la natalidad, con el efecto a largo plazo de lograr el equilibrio entre la población pasiva y la activa, propiciando así, la sostenibilidad del sistema de Seguridad Social.

Pues bien, sin ánimo de ser exhaustivo, quisiera incluir en el presente análisis, el funcionamiento de algunos de los países de nuestro entorno, con objeto de realizar un somero estudio comparativo, que nos pueda dar pistas de la situación en la que nos encontramos, y aquella otra a la que debería conducir nuestros pasos. Distinguiendo aquellos que pertenecen a una idiosincrasia semejante a la nuestra y aquellos otros a los que se suele poner en un pedestal como meta a la que llegar, que coincide con los Estados de centro Europa o de los países escandinavos. Conviene distinguir en este punto, lo que son prestaciones por nacimientos de hijos, las conocidas como prestaciones por maternidad y paternidad, que en algunos Estados tal es su duración (de más de un año como en Suecia o en Alemania) que se confunden con las prestaciones propiamente familiares. De estas últimas me ocuparé esencialmente, si bien, en nuestro caso creo que deberíamos comenzar por alcanzar la duración y cuantías de tales países.

Por su singularidad, también me detendré en el caso de Polonia.

### 1. ESTADOS DEL SUR DE EUROPA

Comenzaré por los países más próximos, como Italia, o Portugal<sup>39</sup>.

#### A) Italia

En cuanto a los requisitos exigidos, en Italia, a diferencia de España las prestaciones familiares se financian mediante cotizaciones de empresarios y trabajadores cuyas condiciones figuran en el contrato de trabajo, en función de los ingresos familiares. El importe de las prestaciones está en función de los ingresos del hogar familiar y del número de miembros en situación de dependencia. La edad límite para poder beneficiarse de las ayudas es generalmente 18 años, que se amplía a 21 años para estudiantes dependientes o aprendices que viven en un hogar compuesto por seis miembros de la familia (padres + 4 niños), sin que exista límite en caso de enfermedad grave. Se contempla también una asignación por nacimiento, hasta que el niño cumpla 3 años o tres años a partir de la fecha de adopción. Por otro lado, su vertiente asistencial se traduce en que los ingresos anuales no deben exceder de una cuantía asignada por la ley. Y al menos, el 70 % de las ganancias deben provenir del trabajo.

También se contempla una prestación familiar no contributiva que otorga el municipio. Ascende a 141,30 euros y se concede a un hogar familiar (pareja y tres hijos dependientes menores de 18 años), frente a un indicador ISEE<sup>40</sup> de 8.555,99 euros.

---

euros adicionales, cuando el contribuyente hubiera satisfecho gastos de custodia del hijo menor de tres años en guarderías o centros de educación infantil autorizados.

<sup>38</sup> Véase a este respecto el artículo 81 bis.1 c) de la LPGE 2018.

<sup>39</sup> La información y datos que se aportan en los siguientes apartados sobre la protección a la familia en los diversos Estados de la Unión, corresponden al año 2017, y han sido tomados de MISSOC.

Asignación por nacimiento, denominada bono bebé (*Assegno di natalità*, c.d. *bonus bebè*): Consiste en una asignación anual de 960 euros con ingresos referenciados al ISEE de hasta 25.000 euros por año. El importe se duplica para las familias con ingresos de referencia ISEE de hasta 7.000 euros por año.

A diferencia de España y otros países, no se prevén asignaciones específicas para niños con discapacidad, pero no hay límite de edad y deducciones más altas, tanto en el caso de ingresos del hogar como en el Indicador de situación económica (ISEE).

## B) Portugal

En Portugal, la protección familiar consiste en un Sistema obligatorio de protección universal para todos los ciudadanos financiado con impuestos, cuyas prestaciones dependen de los ingresos de la familia, el número y la edad de los niños. Se trata de un derecho individual del niño.

### a) *Condiciones y otros requisitos*

La prestación por hijos (abono de familia para *crianças e jovens*) exige las siguientes condiciones:

- Que los ingresos familiares no excedan 1,5 veces el índice de referencia de apoyo social (IAS), o 2,5 cuando se trata de niños menores de 36 meses o hijos solteros.
- Que el valor de los bienes muebles del solicitante y de su hogar no exceda 240 veces el IAS.
- Se aplica asimismo a los niños aislados que viven en una institución de apoyo social sin fines de lucro.
- Se exige además que el niño no tenga ninguna actividad profesional.

La asignación familiar se paga hasta los 16 años. No obstante, si el niño continúa sus estudios o se dedica a la formación profesional, los límites de edad se extienden a 18, 21 ó 24 años, de acuerdo con el nivel de sus estudios o capacitación.

Asimismo se amplía 3 años en caso de enfermedad o accidente.

Para los niños con discapacidad, el límite es de 24 años. Se amplía a 3 años en el caso de educación superior.

### b) *Importe de la prestación*

La prestación, se determina sobre la base de los ingresos de referencia de la familia (las ganancias totales de todos los miembros de la familia divididos por el número de miembros de la familia más 1), la composición del hogar y la edad del niño. Cinco niveles de ingresos dependientes del IAS.

## 2. ESTADOS CENTROEUROPEOS Y ESCANDINAVOS

Como representantes señeros de los países centroeuropeos y escandinavos, me detendré en cómo se regulan, respectivamente, las prestaciones familiares en Alemania y Suecia.

### A) Alemania

El subsidio familiar por hijo a cargo, en Alemania<sup>41</sup>, se concede a los residentes fiscales en Alemania que tienen hijos o nietos a su cargo hasta los 18 años de edad. La edad se amplía hasta

<sup>40</sup> ISEE = Indicador de Situación Económica Equivalente (*Indicatore della Situazione Economica Equivalente*, ISEE). Permite evaluar la situación económica de las familias y tiene en cuenta los ingresos, los activos y la composición familiar.

<sup>41</sup> Portal Alemania, en <http://www.portalalemania.com/Vivir-y-vida-en-Alemania/2016/06/02/prestaciones-familiares-en-alemania.html>

los 21 años si no tienen formación profesional o estudios universitarios o no están dados de alta como demandantes de empleo aunque estén en desempleo.

La edad se amplía hasta los 25 años si cursan formación profesional, estudios universitarios, año de voluntariado o no han pasado más de 4 meses entre que finalizó y comenzó una FP o estudios. En el caso de hijos cuya discapacidad les impide mantenerse por sí mismos, cuyo reconocimiento se ha producido antes de cumplir los 25 años, el derecho a percibir la prestación no tiene límite temporal.

La asignación por hijo se reparte de la siguiente manera: El subsidio para el primer y el segundo hijo es de 192 euros al mes, 198 euros para el tercero y 223 por cada niño adicional. A partir del siguiente año, los padres tienen que proporcionar el número de identificación fiscal del niño y su propio número en el presupuesto familiar. El suplemento (Kinderzuschlag) para familias con bajos ingresos es de 170 euros.

## B) Suecia

En Suecia<sup>42</sup>, se abona un complemento por los hijos (*barnbidrag*) que residen en el país. También se abona un complemento prolongado por hijos (*förlängt barnbidrag*) y un complemento por familia numerosa (*flerbarnstillägg*). Estas prestaciones no están supeditadas a un control de los ingresos. Pero veamos en que consisten:

Complementos por hijos. Se conceden complementos por hijos desde el mes siguiente al nacimiento del niño hasta el final del trimestre en que cumple 16 años de edad. El complemento por hijo asciende a 1.050 SEK (120 euros) al mes.

Complementos prolongados por hijos. Se conceden complementos prolongados por los hijos que han cumplido 16 años y asisten regularmente a la escuela. Estos complementos se abonan hasta el final del mes en que el niño termina su escolaridad.

Complemento por familia numerosa. El complemento por familia numerosa se concede de forma automática a las personas que perciben prestaciones familiares generales por dos o más hijos. En determinadas condiciones, pueden también tenerse en cuenta para la concesión de este complemento a los hijos de más de 16 años que realizan estudios que dan derecho a complementos prolongados por hijos o a la concesión de una ayuda de estudios. El complemento por familia numerosa se abona como máximo hasta el final del segundo trimestre del año en que el hijo cumpla los 20 años.

El importe depende del lugar que ocupe el niño en el orden entre hermanos:

Para el segundo hijo, 150 SEK (17 euros); para el tercer hijo, 730 SEK (75 euros); para el cuarto hijo, 1.740 SEK (179 euros); para el quinto hijo y para cada uno de los siguientes, 1.250 SEK (143 euros).

Asignación por cuidado de hijos. Esta asignación puede concederse para los hijos mayores de 1 año y menores de 3. No está sujeta a imposición fiscal. En el caso de los hijos adoptados, la asignación puede abonarse hasta que el niño cumpla 5 años y por un periodo máximo de 2 años. El importe máximo de la asignación para cuidado de los niños es de 3.000 SEK (344 euros) al mes por cada hijo.

Los municipios tienen derecho a reducir la asignación en caso de que el niño asista a un centro preescolar público. En estos casos, el importe dependerá del tiempo que pase el niño en el centro.

Además se incluyen como prestaciones familiares, un subsidio de vivienda y otro de estudios.

Sin entrar a fondo, en el estudio comparativo de ambas tendencias entre los países del norte y los del sur de la UE, entre los que se encuentra España, debe reconocerse que los primeros, disfrutaban de un mayor nivel de vida, que se traduce también en las prestaciones estrictamente familiares, de manera cuantitativa y cualitativa. De ahí que debamos conocer bien cómo funcionan

<sup>42</sup> COMISIÓN EUROPEA. *Empleo, Asuntos Sociales e Inclusión. La Seguridad Social en Suecia*, pag. 29-31.

esos sistemas más avanzados y aplicarlos en la medida de lo posible en nuestro país. Sobre todo, en lo que afecta a las cuantías, duración y forma de financiarse.

### 3. POLONIA: UN PAÍS PARADIGMÁTICO

En otros países, como Polonia, parece que han llegado a la conclusión, de que para que haya pensiones, es preciso que exista una base suficiente de personas que con el tiempo sean trabajadores. Su gobierno, ha establecido unas medidas importantes en este sentido. Concretamente, se trata de un programa conocido como, 500+, en vigor desde 2016. Consiste en la percepción por las familias de 500 zlotys (115 euros) mensuales<sup>43</sup>, por cada hijo a partir del segundo, sin necesidad de acreditar que no se alcanza un mínimo de ingresos<sup>44</sup>. Esta ayuda se extiende hasta que el hijo cumpla 18 años.

Pues bien, según parece en muy poco tiempo, se han notado mejoras<sup>45</sup>. De manera que el objetivo prioritario –aumentar la natalidad-, se ha ido consiguiendo, ya que si en la primera mitad de 2016 nacieron 185.000 bebés, en el mismo período de 2017, ya fueron 200.000. Solo en enero de 2017, nacieron 2.300 niños, un 10 % más que en el mismo mes del año anterior<sup>46</sup>.

El problema que podría surgir en estos supuestos, es el de que se desincentivara la búsqueda de trabajo, si con la ayuda, se cubren las necesidades y al mismo tiempo ese tiempo lo puede emplear en acompañar al menor. Aunque, ese acompañamiento sería sobre todo en los primeros años, pues a partir de una determinada edad hasta los 18 años seguiría percibiendo la ayuda.

Creo que en España son necesarias medidas de este tipo (la forma de hacerlo lo dejo para los técnicos, aunque alguna idea se dará a continuación), con el objetivo claro de crear un base suficiente que permita recolocar en su sitio la pirámide demográfica

## VII. LA NECESARIA CONEXIÓN ENTRE POLÍTICAS DE FAMILIA Y DE SOSTENIBILIDAD FINANCIERA DEL SISTEMA DE PENSIONES

Antes de llegar a este apartado, que constituye la parte mollar del estudio sobre la urgencia en mejorar la protección familiar que asegure la viabilidad del sistema de pensiones, creía esencial conocer, por un lado, cómo ha evolucionado nuestra protección a la familia hasta llegar al estado actual; y por otro, obtener información de cómo funciona en algunos Estados de la UE. De manera, que aunando la experiencia de nuestra protección social familiar y la de otros Estados, se llegue a la elaboración de un sistema óptimo, que no se quede tan solo en las prestaciones familiares en sí mismo consideradas, sino también, en su relación con el sistema de pensiones de Seguridad Social.

En efecto, si se quiere mantener el actual régimen de reparto y solidaridad de nuestro sistema de Seguridad Social, es necesario mejorar el gran problema de la demografía que subyace en el sistema de pensiones público. Este problema, se aliviaría con una base numerosa de trabajadores que con sus cotizaciones mantuvieran las pensiones de jubilación de sus mayores. Aunque suene un poco prosaico, esto podría conseguirse, si la gente se animara a tener hijos. Bien entendido que esto no sería suficiente, como se verá, pero sería una condición mínima. La realidad de nuestra época es que tener hijos se considera gravoso, si no se tiene trabajo o se teme su pérdida, o por otros motivos.

<sup>43</sup> Un dato significativo de lo que supone esta ayuda, es el de que esos 115 euros mensuales, vienen a equivaler, al 40 % del salario mínimo interprofesional de Polonia.

<sup>44</sup> Medida ciertamente discutible, al ofrecer la misma cuantía a todas las familias sin distinguir sus ingresos, faltando de ese modo a la equidad.

<sup>45</sup> LUQUE, L.: «Polonia ya está en marcha por la natalidad». *Acepresna*, 2 mayo, 2018.

<sup>46</sup> Debe tenerse en cuenta, las diferencias con España, en el sentido de que hasta que comenzó a aplicarse la medida, solo las familias con ingresos por debajo de 574 zlotys (137 euros) tenían derecho a recibir subsidio. Ahora, todas las familias que tengan más de un hijo lo reciben –así como los que tienen uno solo, pero con ingresos inferiores a 182 euros-, con independencia de su nivel de ingresos.

En este sentido, creo que se podría, desde el propio sistema de Seguridad Social, mejorar a largo plazo y evitar que se desmorone el sistema de reparto. Para ello, el Estado debe reorganizar su acción protectora. Por un lado, potenciando los subsidios por maternidad y paternidad, incrementando el período de duración entre ambos subsidios de forma flexible hasta un año como mínimo, como sucede en los Estados más avanzados, y mejorando las cuantías económicas de la protección social a la familia. Por otro, desmantelando otras prestaciones, que hoy en día han perdido su razón de ser.

Con ello, pienso que en aproximadamente veinte o veinticinco años (que es cuando se calcula llegará el peor momento de sostenibilidad del Sistema), tendremos una base amplia de trabajadores, que podrán hacer posible sin dificultad el mecanismo de reparto.

Es posible que no todos secunden estas medidas, porque existan otras razones, pero aquellos que tengan dudas por cuestiones económicas, es probable que con las nuevas medidas se allane el camino para tener hijos y soliciten el correspondiente subsidio. Al mismo tiempo, y esto es muy importante, deberán establecerse con tiempo suficiente, medidas de creación de empleo, para dar salida a los hijos que van cumpliendo la edad laboral para trabajar. No tendría sentido, un incremento de población, sin trabajo, porque agravaría aun más la situación que si hubiera poca población.

Se trataría de una reforma de enorme calado, porque con ella se le daría la vuelta a la situación actual. Sin embargo, a mi entender, para que se den las condiciones necesarias para acometer esta reforma es preciso que se den los siguientes pasos:

1º. Que exista un real convencimiento por nuestros gobernantes de la necesidad de la reforma, que no sucumban a la tentación de realizar políticas sociales de corto alcance, ordinariamente coincidentes con sus perspectivas de gobierno, que alcanzan a lo más, de cuatro a ocho años. Es esta forma de gobernar tan cortoplacista, la que impide que se adopten medidas más ambiciosas, como la que ahora se propone. En este sentido, convendría que se analizaran las medidas demográficas de los Estados más avanzados de nuestro entorno como las de Alemania o Suecia o la reciente experiencia en Polonia.

2º. Pero no solo es el Gobierno el que debe estar convencido. Una breve mirada a la situación política actual, basta para darse cuenta, que un obstáculo importante puede ser la falta de acuerdo entre las diversas formaciones políticas. De manera, que desde su punto de vista (no entro a valorar los motivos), rechacen cualquier propuesta venida de sus rivales. Sin embargo, debo insistir en recordar que nos enfrentamos ante una cuestión de Estado que trata de solucionar un asunto tan grave como es el porvenir de las futuras pensiones, en particular las de jubilación. Vale la pena por tanto, pasar por encima de criterios partidistas y demagógicos y pensar en el bien de los ciudadanos con altura de miras.

3º. Para que esta reforma sea posible financieramente, sería necesario que la partida presupuestaria procedente de los ingresos por cotizaciones se elevara a cotas hasta ahora nunca vistas, pues la propuesta exige un amplio desembolso. Quizá con el “destope” de las bases máximas de cotización. Piénsese, que pasaría de las dieciséis semanas (maternidad) y cinco semanas (paternidad) actuales<sup>47</sup>, que vienen a ser unos cinco meses y medio en total, a un año de descanso retribuido. Esto supondría, prácticamente, duplicar el gasto. No me parece excesivamente gravoso, si tenemos en cuenta, estoy convencido de ello, del positivo efecto de cara a los potenciales beneficiarios. Estimo que se incrementarían exponencialmente a más del doble el número de solicitudes.

4º. Otra medida financiera que podría ayudar, sería el recorte en otras prestaciones de naturaleza contributiva para mantener el equilibrio del sistema de Seguridad Social. Para ello, mi propuesta, de entrada es políticamente incorrecta pero razonable, pues consiste en ir retirando

<sup>47</sup> La duración del subsidio por paternidad se ha elevado de 4 a 5 semanas, con la nueva redacción del apartado 7, del artículo 48 del Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, en la redacción de la disposición final trigésima octava Uno de la LPGE-2018.

gradualmente las pensiones de viudedad, hasta su completa desaparición de la modalidad contributiva y trasladarlas junto con las prestaciones de muerte y supervivencia, en favor de familiares a la modalidad no contributiva, manteniendo, por supuesto, las pensiones de orfandad y la indemnización especial por riesgos profesionales en la contributiva. Se trataría de racionalizar la pensión de viudedad según las nuevas circunstancias sociales.

Siempre he mantenido, que si hoy día hubiera que confeccionar de inicio, un sistema de previsión social público, como en 1963, no creo que se planteara la existencia de la pensión de viudedad. En aquella época las circunstancias sociales eran muy diferentes: el marido trabajaba fuera de casa y la mujer tenía por misión cuidar de los hijos y del hogar. Con ese reparto, y dado que por lo general es el hombre quien suele fallecer primero, resultaba que la mujer quedaba en desamparo al fallecer el marido, al no haber tenido ocasión de trabajar y cotizar a la Seguridad Social para obtener algunas rentas. Y era tal la sobreprotección de la mujer en ese sentido, que cuando se estableció la pensión de viudedad (antes incluso que en la primera Ley General de Seguridad Social de 1966), esta iba dirigida en exclusiva a la mujer, con excepción de algunos supuestos de incapacidad o edad del marido.

Desde luego, este planteamiento de recorte y supresión final de la pensión de viudedad, debería aplicarse gradualmente, teniendo en cuenta la edad de las personas (mujeres y hombres sobrevivientes) sin que, por supuesto, se aplique a los que ya han causado derecho a la pensión. De manera que solo afectara a quienes tuvieran menos de una edad concreta, que fuera disminuyendo de forma gradual de año en año<sup>48</sup>, y una fecha de extinción prevista para quince o veinte años, a partir de la cual peregrinaría definitivamente esta pensión al nivel no contributivo, en el que como es lógico ya no se exigirían requisitos propios de la modalidad contributiva, sino los característicos del brazo no contributivo como son, el de residencia y carencia de recursos suficientes análogos a las pensiones no contributivas de jubilación e invalidez.

Es importante, tener prudencia en la forma de hacer desaparecer la pensión de viudedad, para que no afecte a personas que proceden de épocas anteriores. De ahí, el cuidado que debe ponerse, así como el acierto en la determinación de las edades y años de aplicación sucesiva de la supresión gradual de la pensión.

5°. Finalmente, no comparto la idea de establecer nuevos impuestos (a la banca, al gasoil, a los autónomos...) que traten de apuntalar las carencias de financiación del sistema contributivo de pensiones de Seguridad Social. Esto sería parchearlo, cuando de lo que se trata es de establecer un mecanismo imaginativo que busque nuevas soluciones procurando que no perjudiquen a nadie, pues como siempre, lo fácil para quitarse problemas es trasladar el problema a la deuda y a los ciudadanos, imponiéndoles nuevos impuestos, cuando de todos es sabido que la presión fiscal en España es de las primeras en la UE.

---

<sup>48</sup> Los sobrevivientes con edades inferiores, podrían causar derecho en el nivel no contributivo, acreditando insuficiencia de recursos económicos.



# **CAPÍTULO XIV. ESCRUTINIO Y PROPUESTAS SOBRE LAS PRESTACIONES DE MUERTE Y SUPERVIVENCIA EN SITUACIONES DE CRISIS FAMILIAR CONCURRENTES CON VIOLENCIA DE GÉNERO<sup>1</sup>**

FRANCISCO XABIERE GÓMEZ GARCÍA  
*Investigador*  
*Universidad de León*

En la actualidad, el marco normativo español en lo referente a la protección de las víctimas de la violencia de género es bastante completo, si bien está en gran medida disperso, lo que provoca algunos problemas aplicativos<sup>2</sup>. Uno de los campos normativos donde va a influir dicha protección, como no podía ser de otra manera, es el referente a la acción protectora de la Seguridad Social y, por lo que aquí ahora interesa, las prestaciones de muerte y supervivencia.

Más allá de problemas más cercanos a cuestiones procesales, como la valoración de la acreditación de la situación o situaciones de violencia de género cuando ha transcurrido cierto tiempo entre la crisis matrimonial y el fallecimiento del causante, existen otras cuestiones del ámbito propiamente prestacional que también merecen atención.

## **I. CUANTÍAS CORRESPONDIENTES EN SITUACIONES DE CONCURRENCIA DE BENEFICIARIOS CON DERECHO A PENSIÓN DE VIUDEDAD**

El art. 220.1 LGSS habilita una excepción, por razón de ser víctima de violencia de género en el momento de la situación de crisis conyugal, a la regla general de que la beneficiaria divorciada debe ser acreedora de una pensión compensatoria. Puesto que la norma dispone que “en todo caso, tendrán derecho a la pensión de viudedad las mujeres que, aun no siendo acreedoras de pensión compensatoria...”, la jurisprudencia ha entendido que esta redacción impide considerar a la misma como renta de sustitución, lo que avalaría la interpretación literal de la norma, no debiendo distinguir el intérprete donde la ley no lo ha hecho, máxime cuando se trata de restringir derechos<sup>3</sup>.

De igual forma, el art. 220.2 LGSS determina que si, habiendo mediado divorcio, se produjera una concurrencia de beneficiarios con derecho a pensión, esta será reconocida en cuantía proporcional al tiempo vivido por cada uno de ellos con el causante, garantizándose, en todo caso, el 40 por ciento a favor de la persona superviviente que resultara beneficiaria de la pensión de viudedad. Lo que subyace en esta disposición, como bien señala la STS 19 diciembre 2017 (rec. 1480/2016), es la idea del abono íntegro de la pensión de viudedad concebida como una pensión única, tanto de existir un único beneficiario –sea el cónyuge superviviente o el divorciado– como de concurrir varios, es decir, que partiendo del hecho causante “se genera una pensión completa que

---

<sup>1</sup> Este escrito forma parte de la investigación “La relación laboral ante la violencia de género: protección y carencias de atención”, cofinanciada por el Fondo Social Europeo y la Consejería de Educación de la Junta de Castilla y León.

<sup>2</sup> MONEREO PÉREZ J.L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G.: “Género y Seguridad Social (I). La Seguridad Social ante las víctimas de la Violencia de Género”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 11, 2017, p. 22.

<sup>3</sup> STS 5 febrero 2013 (rec. 929/2012).

debe repartirse entre sus beneficiarios, de acuerdo con el criterio de proporcionalidad convivencial”. Así, operarían “una especie de vasos comunicantes” donde la bajada o subida de la pensión que percibe un beneficiario va a repercutir en la de los otros. De este modo, “cuando la pensión del excónyuge debe minorarse porque supera el importe de la compensatoria, esa misma porción minorada se traslada a la pensión del cónyuge (o pareja conviviente”, dado que “carecería de sentido” que, de no concurrir con otro sujeto, el cónyuge “percibiera la pensión íntegramente y que, en caso de darse tal concurrencia, el resultado fuera que una parte de la pensión no se abona a ninguno de los beneficiarios”.

En resumidas cuentas, el precepto legal, retomando la tradicional tesis distributiva<sup>4</sup>, determina una garantía de proporcionalidad, matizada únicamente por el establecimiento de un mínimo del 40 % para el supérstite (sea cónyuge o pareja conviviente) y de un tope máximo para el excónyuge fijado en la misma cuantía de la pensión compensatoria. Así pues, al partir de un plano de igualdad entre los beneficiarios, los periodos no convividos acrecerán a cada persona beneficiaria en proporción al tiempo vivido con quien causa la pensión y no, como sucedía antes, únicamente al supérstite<sup>5</sup>.

Pero en situaciones de concurrencia de beneficiarias, cuando la excónyuge haya sido víctima de violencia de género, podría surgir la controversia de considerarse que “el derecho a la pensión de viudedad que corresponde al cónyuge supérstite, aun concurriendo con el divorciado, sigue siendo pleno, bien que restando de la cuantía de la pensión la porción que ha de asignarse a este último”<sup>6</sup>, por lo que, de no aplicar la reducción a la cuantía de la compensatoria para la víctima que la tuviese fijada, debido a los precitados vasos comunicantes, en la práctica se estaría reduciendo la pensión efectiva correspondiente a la persona superviviente; o dicho de otro modo, lo que estaría en juego sería un supuesto derecho de la supérstite al acrecimiento de la pensión.

La jurisprudencia ha venido afirmando, bien es cierto que mayoritariamente en casos donde solo hay una beneficiaria<sup>7</sup>, que el propio precepto legal no establece la limitación de cuantía que sí dispone para las personas viudas que no son víctimas de violencia de género, en el sentido de disminuir la cuantía de la pensión de viudedad hasta alcanzar la de la pensión compensatoria, cuando aquella fuera superior a la de esta última.

Lo cierto es que el párrafo de la LGSS que contempla la violencia de género en relación con la prestación de viudedad fue introducido<sup>8</sup>, tras detectarse en sede judicial situaciones de desprotección<sup>9</sup>, para permitir acceder a la pensión de viudedad a aquellas mujeres que, tras su crisis matrimonial, no obtuvieran la pensión compensatoria civil, presuponiendo el legislador una “vinculación entre la violencia de género y la falta de pensión compensatoria”<sup>10</sup>; sin embargo, nada parece indicar que esta excepción fuera a afectar también a la cuantía en los casos donde sí fuera fijada la misma.

En cualquier caso, no parece exigible a la excónyuge víctima la minoración de su pensión hasta la misma cuantía de la pensión compensatoria, so pena de hacerlas de peor condición<sup>11</sup> que aquellas otras que nunca percibieron compensatoria por haberse considerado que la crisis

<sup>4</sup> Frente al criterio atributivo anterior, derogado por la Ley 40/2007, como así lo pone de manifiesto explícitamente la STS 23 junio 2014 (rec. 1233/2013).

<sup>5</sup> DESDENTADO AROCA, E.: “Los problemas de la pensión de viudedad en la última doctrina judicial”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 129, 2017, p. 141. Solución no compartida por RODRÍGUEZ CARDO, I.A.: “Pensión de viudedad del ex cónyuge como único beneficiario y del supérstite en supuestos de concurrencia”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 129, 2017, pp. 69-99.

<sup>6</sup> STSJ Valencia 11 febrero 2014 (rec. 1813/2013).

<sup>7</sup> SSTSJ Valencia 20 junio 2012 (rec. 225/2012), Aragón 21 mayo 2014 (rec. 244/2014) y Galicia 25 marzo 2015 (rec. 3352/2013).

<sup>8</sup> Por la Disposición Final Tercera.Diez de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010.

<sup>9</sup> SSTSJ Cantabria 22 enero 2009 (rec. 1108/2008) y 4 febrero 2009 (rec. 1193/2008).

<sup>10</sup> STS 5 febrero 2013 (rec. 929/2012).

<sup>11</sup> MARÍN CORREA, J.M.: “Pensión de viudedad de víctima de violencia (1)”, *Actualidad Laboral*, 2013, p. 1173.

matrimonial no les causaba desequilibrio económico alguno o que ya no la perciben al fallecimiento del causante.

## II. LA AUSENCIA DE PENSIÓN DE VIUEDAD PARA LA VÍCTIMA DE VIOLENCIA DE GÉNERO DE PAREJA DE HECHO HISTÓRICA

La Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (en adelante LPIVG) pretende actuar, según su art. 1.1., contra la violencia ejercida sobre las mujeres –como manifestación de la discriminación, la situación de desigualdad y las relaciones de poder de los hombres– por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad (incluso sin convivencia), siendo uno de sus principios el consagrar derechos de las mujeres víctimas de violencia de género, en especial los económicos (art. 2, letras b y e LPIVG).

Sin embargo, esta supuesta protección se ve ensombrecida en los casos donde la víctima esté conviviendo con el agresor formando una pareja de hecho, pues solo aquellas ocasiones donde la misma perdurase al momento del fallecimiento del causante pueden habilitar a la víctima, de cumplirse el resto de requisitos, para lucrar derecho a la pensión de viudedad. Bien es cierto que en sede judicial se está flexibilizando, en algunos casos concretos donde es transitoriamente imposible<sup>12</sup>, la exigencia del requisito de convivencia estable e ininterrumpida en el momento del hecho causante, pero, en cualquier caso, de la interpretación literal de la Ley se concluye que las “parejas de hecho históricas”<sup>13</sup>, a diferencia de la posibilidades que tienen los cónyuges históricos, no son en ningún caso acreedoras de la pensión por muchos años que se hubiera prolongado la convivencia; ni siquiera aunque las víctimas vinieran percibiendo una compensación económica motivada por el cese de dicha convivencia.

Más allá de que los poderes públicos estén obligados “a mantener un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad” (art. 41 CE), y entendiendo que esta protección no tiene necesariamente que presentarse a través de actual la pensión de viudedad<sup>14</sup>, no puede dejarse de lado la realidad material que la actual configuración de la prestación de viudedad puede producir, que no es otra que el posible condicionamiento para que alguna víctima en situación de *more uxorio* descarte el alejamiento de su agresor por el miedo a perder, en un momento posterior, la posible pensión de viudedad.

Esta circunstancia indeseada tiene su origen en el diferente tratamiento de las situaciones familiares (declarado compatible con la Constitución<sup>15</sup>) que realiza el legislador en su apuesta por la aproximación y no por la equiparación, como así se reconoce en el Preámbulo de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social.

Desde una “interpretación humanizadora y flexible”<sup>16</sup> de las situaciones de violencia de género y considerando el ordenamiento jurídico “como un todo armónico, de tal manera que no se produzca un perjuicio a la persona que se quiere proteger”<sup>17</sup>, se debe corregir inmediatamente esta inexcusable falta de regulación específica para las situaciones de violencia de género, si bien la solución más justa tal vez debiera pasar por la equiparación total de los requisitos y condiciones de

<sup>12</sup> SSTSJ Castilla-La Mancha 18 julio 2010 (rec. 539/2010) y Cataluña 27 octubre 2015 (rec. 4238/2015).

<sup>13</sup> MOLINS GARCÍA-ATANCE, J.: “Violencia de género y Seguridad Social”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 109, 2014, p. 126.

<sup>14</sup> STC 184/1990 (FJ 4).

<sup>15</sup> SSTC 45/2004 (FJ 3) y 60/2014 (FJ 3).

<sup>16</sup> STSJ Cantabria 30 diciembre 2015, rec. 808/2015.

<sup>17</sup> STSJ Castilla La Mancha 14 julio 2010, rec. 539/2010.

acceso en todos los supuestos familiares que dan acceso a la prestación de viudedad, girando en todos ellos sobre la dependencia económica<sup>18</sup>.

### III. EL IMPEDIMENTO PARA SER BENEFICIARIO DE LAS PRESTACIONES POR MUERTE Y SUPERVIVENCIA POR PARTE DEL MALTRATADOR

Desde el año 1967<sup>19</sup> venía operando ya la extinción de la pensión de viudedad para quien fuera declarado, en sentencia firme, culpable en la muerte del sujeto causante. Sin embargo, hubieron de pasar más de tres décadas para que la LPIVG introdujese, a través de su Disposición Adicional 1ª, tanto la pérdida de la condición de beneficiario de la pensión de viudedad como de la de receptor del abono de la pensión de orfandad de la que pudieran ser beneficiarios sus hijos, ambas dentro del Sistema Público de Pensiones, para el condenado en sentencia firme por delito doloso de homicidio en cualquiera de sus formas o de lesiones sobre la mujer causante de la pensión, salvo que hubiera mediado reconciliación entre ellos. Es decir, en el específico ámbito de la protección integral contra la violencia de género en el marco de las relaciones de pareja, se va a ampliar tanto el espacio prestacional afectado, incluyendo ahora al habitual recibo por parte del maltratador de las cantidades correspondientes a los hijos menores de edad en los casos de orfandad, como el ilícito penal sancionado, pues ya no necesita materializarse la muerte, bastando con el grado de tentativa o tentativa acabada<sup>20</sup>, e incorporando además el delito de lesiones (se entiende que igualmente solo el doloso).

Con posterioridad, la Disposición Final 10ª de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, estableció la imposibilidad de acceso a las prestaciones por muerte y supervivencia a quien –siendo hombre o mujer– fuera condenado por sentencia firme por la comisión de un delito doloso de homicidio en cualquiera de sus formas, cuando la víctima –hombre o mujer– fuera el sujeto causante de la prestación (actual art. 231.1 LGSS). Esta reforma no tuvo a bien incluir, en un olvido reprochable, otras causas de impedimento, como son los delitos de lesiones, los cometidos contra los derechos y deberes familiares, y aquellos otros que atentan contra la libertad e indemnidad sexual<sup>21</sup>.

Este cruce de normas legales nos deja dos variables definitorias: por un lado el delito de lesiones y, por otro, el delito doloso de homicidio en cualquiera de sus formas. Mientras que este último inhabilita (sin entrar por ahora en la posibilidad de la reconciliación) para ser persona beneficiaria de cualquiera de las prestaciones de muerte y supervivencia, el primero solo impedirá el acceso a las pensiones de viudedad y al abono de la de orfandad de los hijos menores –se entiende que también de la indemnización especial a tanto alzado en caso de muerte por accidente de trabajo o enfermedad profesional, contemplada en el art. 227 LGSS, puesto que carecería de sentido otorgar una prestación supeditada al reconocimiento previo de otra que le está vedada<sup>22</sup>– al maltratador hombre de una causante mujer, siempre que la misma fuera su cónyuge o excónyuge, o estuviera o hubiera estado ligada a él por una análoga relación de afectividad, aun sin convivencia.

Permítase aquí un breve inciso para señalar la deficiente técnica legislativa en la redacción de los artículos dedicados a la revisión de oficio de la entidad gestora (art. 231.2 LGSS) y a la

<sup>18</sup> MORENO VIDA, M. N. y MONEREO PÉREZ, J. L.: “Hacia un nuevo modelo de regulación de la pensión de viudedad”, en VV. AA.: *La pensión de viudedad: una necesaria reforma ante los cambios en las estructuras familiares*, Granada, Comares, 2013, pp. 318-319.

<sup>19</sup> Art. 11.2 de la Orden de 13 de febrero de 1967, por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de las prestaciones de muerte y supervivencia del Régimen General de la Seguridad Social.

<sup>20</sup> GARCÍA TESTAL, E.: *Derechos de las trabajadoras víctimas de la violencia de género*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, p. 104.

<sup>21</sup> RODRÍGUEZ INIESTA, G.: “Imposibilidad de obtener o mantener la condición de beneficiario de prestaciones por muerte y supervivencia (a propósito de la reforma introducida por la Ley 26/2015)”, en VV. AA.: *Cuestiones actuales en materia de Seguridad Social*, BARRIOS BAUDOR, G. L. Y RODRÍGUEZ INIESTA, G. (Dirs.), Murcia, Laborum, 2017, p. 288.

<sup>22</sup> DE LA CONCHA RENERO, C.: “Titular de la pensión de orfandad en aplicación de la disposición adicional primera de la Ley orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de protección integral contra la violencia de género. Efectos de la reconciliación”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 181, 2015, p. 336.

suspensión cautelar del abono de las prestaciones por parte de la misma (art. 232 LGSS), que, siguiendo una interpretación de la ley en sus propios términos, imposibilitarían a dicha entidad gestora para aplicar estos procedimientos, sin la previa demanda al Juzgado de lo Social competente, en relación con las condenas por lesiones mencionadas en la Disposición Adicional 1ª, 1 y 2 LPIVG. Una discreta solución que podría amparar todos los supuestos y proporcionar una mayor seguridad jurídica, implicaría modificar la redacción del segundo párrafo del art. 231.2 LGSS transformando la frase “responsable de un delito doloso de homicidio” por “responsable del delito doloso”, e igualmente comenzar el art. 232 LGSS con la misma salvedad que su precedente, es decir, “Sin perjuicio de lo establecido en la disposición adicional primera de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género...”<sup>23</sup>.

Retomando el hilo principal, la Disposición Adicional 1ª LPIVG dispone que el agresor puede ver rehabilitado su derecho al percibo de mediar reconciliación entre ambos. Esta posibilidad ha sido *ab initio* fuertemente criticada desde la doctrina, al cuestionarse si una decisión privada como esa puede abrir el acceso a una prestación del sistema de Seguridad Social que se cerró como “sanción” por la comisión del delito de violencia<sup>24</sup>, que incluso puede ser aceptada por la víctima para evitar otros daños, y sin que dicha reconciliación presuponga el cese efectivo de cualquier acto de violencia contra la mujer.

Pero lo que ahora interesa es la nueva configuración que se produce en torno al impedimento para ser beneficiario de las prestaciones por viudedad en los supuestos de culpabilidad en delito doloso de homicidio en cualquiera de sus formas, puesto que, al no incorporar esta posibilidad reconciliadora para el resto de casos distintos de la violencia de género relacionada con situaciones de pareja, o mejor aún, eliminar dicha posibilidad precisamente en los supuestos previamente existentes –aprovechando la disposición final tercera de la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia–, el legislador ha creado una situación de desigualdad manifiesta, a pesar de que la reforma legal afirmaba contar con “una perspectiva global que refuerza la lucha contra la violencia de género”<sup>25</sup>; es decir, si el condenado por homicidio lo es de una pareja homosexual en el contexto de la violencia doméstica, por poner un ejemplo, se le impide en todo caso ser beneficiario de prestaciones por muerte y supervivencia causadas por la víctima, pero si estamos ante un supuesto de violencia de género, el condenado podrá recuperar su derecho siempre que pueda acreditar la posterior existencia de reconciliación.

En resumidas cuentas, en la actualidad, están habilitados para ser beneficiarios de las prestaciones por muerte y supervivencia aquellos condenados, por sentencia firme, por la comisión de un delito doloso de lesiones, cuando la víctima fuera la sujeto causante de la prestación, salvo quienes, de no mediar reconciliación, lo hubieran sido en el marco de la violencia machista en la pareja. Por el contrario, están impedidos para la percepción de dichas prestaciones todos los condenados por delito doloso de homicidio (en cualquiera de sus formas) contra la persona causante de la prestación, a excepción de quienes lo hubieran sido en el marco de la violencia machista en la pareja de haber mediado reconciliación.

Esta prerrogativa para los agresores machistas es contraria a la mínima sensibilidad preventiva (la pérdida de ciertos ingresos futuros como elemento disuasorio de la materialización del delito doloso) y configura una situación incoherente en vista de que este beneficioso efecto económico para el agresor, sumado a entornos habitualmente presididos por la coacción y el temor, van a

<sup>23</sup> En el mismo sentido, también sería necesario modificar el art. 146.2.c) de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, reguladora de la jurisdicción social, por cuanto trata de la revisión de actos declarativos de derechos.

<sup>24</sup> QUINTANILLA NAVARRO, B.: “Violencia de género y derechos sociolaborales: La L.O. 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género”, *Temas laborales*, núm. 80, 2005, p. 55.

<sup>25</sup> Apartado VI del Preámbulo de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, al referirse a las disposiciones finales décima a decimocuarta.

generar siempre una duda razonable respecto de un posible consentimiento viciado<sup>26</sup>. Su posible solución debiera pasar por una modificación legislativa en la propia LPIVG, debido a que por la vía interpretativa no es posible aplicar en este caso el criterio cronológico expresado por el conocido aforismo *lex posterior derogat priori*, impedido aquí por los principios de jerarquía y competencia.

Por otra parte, repasando la jurisprudencia sobre la pensión de viudedad donde la reconciliación juega un papel fundamental, es destacable la materialización de soluciones divergentes en función de si la interpretación de dicha reconciliación se realiza en aplicación de la Disposición Adicional 1ª LPIVG, para la que no se está requiriendo acreditación judicial, o si es en la posterior a la separación judicial del art. 220 LGSS, donde sí se exige. Esto produce la impresión de que podría estar existiendo una mayor flexibilidad para el reconocimiento de una prestación para quien ha sido condenado por cometer un delito doloso de lesiones contra la causante, que para quien mantuvo una relación conyugal con la misma y, habiéndose separado sin mediar violencia de género, se reconcilian en un momento posterior<sup>27</sup>.

#### IV. EL INCREMENTO DE LAS PENSIONES DE ORFANDAD Y EN FAVOR DE FAMILIARES

El art. 233 LGSS prevé que si el condenado por sentencia firme por la comisión de un delito doloso de homicidio en cualquiera de sus formas no pudiese adquirir la condición de beneficiario de la pensión de viudedad, o bien la hubiese perdido, entonces los hijos del mismo que sean titulares de la pensión de orfandad causada por la víctima del homicidio van a tener derecho al incremento previsto reglamentariamente para los casos de orfandad absoluta. Y para los casos donde no haya personas con derecho a pensión de muerte y supervivencia causada por la víctima, serán los titulares de la pensión en favor de familiares, en esos mismos supuestos, los que podrán ser beneficiarios de dicho incremento previsto reglamentariamente.

Por otra parte, como ya se ha comentado *supra*, el condenado en sentencia firme por delito de lesiones en el marco de la violencia de género ligadas a las situaciones afectivas de pareja, perderá (salvo previa reconciliación) la condición de beneficiario de la pensión de viudedad, incrementándose únicamente en este caso las pensiones de orfandad si las hubiere. En cualquiera de los dos supuestos, debe entenderse que esta prohibición solo opera respecto de la progenie que tuviera en común con la persona causante de la prestación y no con las eventuales pensiones generadas a favor de otra posible descendencia<sup>28</sup>.

Los efectos económicos del citado incremento se retrotraen a la fecha de efectos del reconocimiento inicial de la propia pensión si no se hubiera reconocido previamente la pensión de viudedad al condenado por sentencia firme. En caso contrario, dichos efectos económicos se iniciarán a partir de la fecha en que hubiera cesado el pago de dicha pensión de viudedad, como consecuencia de la revisión de su reconocimiento por la entidad gestora o, en su caso, a partir de la fecha de la suspensión cautelar contemplada en el artículo 232 LGSS.

Es aquí donde el legislador elige una posibilidad legítima, pero que tiene más de gestión económica sistémica que de consideraciones de protección hacia las personas beneficiarias en situaciones de necesidad, al disponer que, en todo caso, el abono del incremento de la pensión por los períodos en que el condenado hubiera percibido la pensión de viudedad solo podrá llevarse a cabo una vez que este haga efectivo su reintegro, “sin que la entidad gestora, de no producirse el reintegro, sea responsable subsidiaria ni solidaria del abono al pensionista de orfandad o en favor

<sup>26</sup> CERVILLA GARZÓN, M<sup>a</sup>. J.: *El derecho a la pensión de viudedad en el contexto de la violencia de género*, Albacete, Bomarzo, 2017, p. 51.

<sup>27</sup> DE LA CONCHA RENERO, C.: “Titular de la pensión de orfandad en aplicación de la disposición adicional primera de la Ley orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de protección integral contra la violencia de género. Efectos de la reconciliación”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 181, 2015, p. 338.

<sup>28</sup> SELMA PENALVA, A.: “Incidencia de la violencia de género sobre las normas laborales”, *Actualidad Laboral*, núm. 9, 2011, pp. 1058-1059.

de familiares del incremento señalado, ni venga obligada a su anticipo”. Tal vez haya pesado esa recurrente presunción de fraude que desvela en ciertas ocasiones la entidad gestora, pero lo cierto es que se configura una situación chocante, máxime cuando se trate de menores en situaciones de violencia de género, que además, desde 2015<sup>29</sup>, son considerados también como víctimas. En este sentido, sería deseable llevar a cabo lo aprobado en sede parlamentaria por medio del Pacto de Estado en Materia de Violencia de Género<sup>30</sup>, cuya medida 142 busca asegurar la disponibilidad inmediata tanto de la pensión de orfandad como de su incremento, eso sí, extendiéndolo también a las (frecuentemente olvidadas por parte del legislador) pensiones en favor de familiares.

---

<sup>29</sup> Disposición final tercera de la L.O. 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia.

<sup>30</sup> Boletín Oficial de las Cortes Generales, Serie D, núm. 225, de 9 de octubre de 2017.





# CAPÍTULO XV. VIUEDAD Y MATRIMONIO GITANO: EMPUJE INSTITUCIONAL ANTE LA BUENA FE DE LOS CONTRAYENTES

JOSÉ ANTONIO GONZÁLEZ MARTÍNEZ

*Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (acreditado a Contratado Doctor)*

*E. U. Relaciones Laborales (Elda)*

*Universidad de Alicante*

## I. PLANTEAMIENTO DE LA CUESTIÓN

### 1. LA UNIÓN MATRIMONIAL COMO REQUISITO CENTRAL DE ACCESO A LA PENSIÓN DE VIUEDAD

En general, todas las prestaciones por muerte y supervivencia ocasionan múltiples y variadas cuestiones litigiosas, ya sea debatiendo la naturaleza profesional o común que dio lugar al fallecimiento, la fecha de inicio de los efectos económicos, la distribución de la pensión ante la concurrencia de beneficiarios, o incluso identificar el propio sujeto beneficiario.

En este contexto, la regulación jurídica de la pensión de viudedad ha sufrido diversas modificaciones normativas, tanto en la LGSS, como en las normas de desarrollo, si bien dicha regulación no acaba de encontrar un diseño acorde a la realidad social de nuestros días. Es cierto que la jurisprudencia social ha creado una rica doctrina que se ha incorporado al acervo jurídico de la pensión de viudedad como elemento indisoluble de la legislación vigente.

Es jurisprudencia unificada del TS y doctrina del TC, el entendimiento de que para lucrar la prestación de viudedad es requisito exigible, siempre y en todo caso, haber contraído matrimonio mediante algunas de las formas legalmente reconocidas en nuestro ordenamiento jurídico, así como haberlo inscrito correctamente en el registro civil correspondiente, aunque este último requisito se diluye en determinadas ocasiones<sup>1</sup>.

La exigencia de haber contraído legítimo matrimonio<sup>2</sup> con el causante siempre ha sido condición inexcusable para poder ser beneficiario, si bien la cuestión se va flexibilizando lentamente<sup>3</sup>, ampliándose el hecho causante de la prestación a la convivencia marital de hecho (como una excepción a la regla general de la unión matrimonial).

---

<sup>1</sup> ARIAS DOMÍNGUEZ, A.: “Matrimonio gitano y devengo de pensión de viudedad”, *Revista Doctrina Aranzadi Social*, núm. 35, 2007, edición digital en westlaw (BIB 2007/1233), p.1.

<sup>2</sup> En España, el rito matrimonial canónico ha ocupado una posición hegemónica. La Ley de 7 de julio de 1981, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, permite al Código Civil la posible admisión de matrimonios religiosos distintos del canónico, matrimonios cuya regulación concreta se verificó, por mandato del propio Código Civil, a través de acuerdos del Estado con las confesiones religiosas inscritas. El Estado español ha reconocido efectos a los enlaces formalizados conforme a los ritos musulmán, judío y evangélico, tras la firma de los oportunos acuerdos de cooperación, en 1992, entre el Estado y la Comisión Islámica, la Federación de Comunidades Israelitas y la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas, respectivamente (Leyes 24, 25 y 26/1992, de 10 de noviembre).

<sup>3</sup> El art. 174 LGSS/1994, en su texto original, señalaba como beneficiarios de la pensión de viudedad, con carácter vitalicio, exclusivamente al cónyuge superviviente.

## 2. LA CONVIVENCIA MORE UXORIO Y SU EQUIPARACIÓN AL RITO GITANO

Como antecedente, y ante la inexistencia de divorcio durante la Dictadura, fue la razón de que la Disposición Adicional 10ª de la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio (BOE núm. 172, de 20 de julio), reconoció a quienes no hubieran podido contraer matrimonio, por impedírsele la legislación vigente hasta la fecha (la que no aceptaba el divorcio), pero hubieran vivido como tal, acaecido el fallecimiento de uno de ellos con anterioridad a la vigencia de esta Ley, el otro tendría derecho a disfrutar de la pensión de viudedad, creando una ficción jurídica de existencia de matrimonio<sup>4</sup>.

Este precepto no incluye en su ámbito de aplicación todos los posibles supuestos de convivencia extramatrimonial sino sólo aquellas uniones estables que tuvieran su causa en la imposibilidad de contraer matrimonio como consecuencia de la legislación anterior a la Ley 30/1981, en la que el divorcio era inexistente, y que, por lo tanto, no pudieron transformarse en vínculo conyugal. Es, pues, la imposibilidad, por impedimento legal, de contraer nuevas nupcias lo que constituye la base de la protección dispensada por el legislador a través de la norma en cuestión.

La posible vulneración de los principios de igualdad y no discriminación ha sido descartada por el TC, pues declara expresamente 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, 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 CE. Matiza que en la CE el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son realidades equivalentes. El matrimonio es una institución social garantizada por la Constitución, y el derecho del hombre y de la mujer a contraerlo es un derecho constitucional (art. 32.1) cuyo régimen jurídico corresponde a la Ley por mandato constitucional (art. 32.2).

Nada de ello ocurre con la unión de hecho *more uxorio*, que ni es una institución jurídicamente garantizada ni hay un derecho constitucional expreso a su establecimiento. El vínculo matrimonial genera *ope legis* en la mujer y el marido una pluralidad de derechos y deberes que no se produce de modo jurídicamente necesario entre el hombre y la mujer que mantienen una unidad de convivencia estable no basada en el matrimonio. Tales diferencias constitucionales entre matrimonio y unión de hecho pueden ser legítimamente tomadas en consideración por el legislador a la hora de regular las pensiones de supervivencia<sup>5</sup>.

Posteriormente, esta disposición revive con la Ley 30/2005, de 29 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2006 (BOE núm. 312, de 30 de diciembre), cuya Disposición Adicional quincuagésima cuarta señala que el Gobierno presentará ante el Congreso de los Diputados, previa su valoración y análisis con los agentes sociales en el marco del diálogo social, un proyecto de Ley que, dentro de un contexto de reformulación global de la pensión de viudedad, dirigido a que la misma recupere su objetivo de prestación sustitutiva de las rentas perdidas como consecuencia del fallecimiento del causante y posible, igualmente, el acceso a la

<sup>4</sup> Conforme a la STC 27/1986, de 19 de febrero (RTC 1986, 27), al título o causa para pedir la pensión de viudedad que antes de la Ley 30/1981 era sólo el matrimonio legítimo, se añade ahora otra nueva y distinta causa de pedir: la convivencia marital de hecho en y por las circunstancias recogidas en la disposición transcrita. Según la STS de 12 de febrero de 1988 (RJ 1988, 1408), esta disposición transitoria pone de manifiesto la voluntad del legislador de extender la nueva normativa -dando respuesta a una realidad y demanda social- a aquellas uniones que aunque fuera de matrimonio eran estables y si no se legalizaron lo fue por impedírsele la legislación vigente, es decir, por causas ajenas a la voluntad de los convivientes, razones que han movido a esta Sala, buscando la armonía entre la letra y el espíritu de la norma a entender comprendidos dentro de su ámbito los supuestos en que el fallecimiento, aunque ocurrido con posterioridad a la entrada en vigor por esta Ley, se produjo cuando se estaban llevando a cabo los trámites para obtener el divorcio, como medio previo y necesario para contraer matrimonio civil, puesto que dichos trámites requieren un tiempo que no depende de la voluntad de los interesados y ésta ya ha quedado exteriorizada.

<sup>5</sup> STC 184/1990, de 15 de noviembre (RTC 1990, 184).

cobertura a las personas que, sin la existencia de vínculo matrimonial, conformen un núcleo familiar en el que se produzca una situación de dependencia económica y/o existan hijos menores comunes, en el momento de fallecimiento del causante.

El Acuerdo sobre Medidas en materia de Seguridad Social, suscrito el 13 de julio de 2006, antecedente de la Ley 40/2007, establece la necesidad del reconocimiento de la pensión de viudedad a las parejas de hecho, en un intento de equiparación de las parejas de hecho a las matrimoniales, ante la inexistencia de una regulación jurídica sobre las mismas. Y es precisamente la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social (BOE núm. 291, de 5 de diciembre), la que reconoce el derecho a la pensión de viudedad a las parejas de hecho para quienes además de cumplir los requisitos actualmente establecidos para las situaciones de matrimonio, acrediten una convivencia estable y notoria durante al menos cinco años, así como dependencia económica del conviviente sobreviviente en un porcentaje variable en función de la existencia o no de hijos comunes con derecho a pensión de orfandad<sup>6</sup>. Por tanto, reconoce prestación a las uniones *more uxorio* con requisitos diferentes y más exigentes que los previstos para las uniones matrimoniales (no equipara ambos supuestos de hecho).

Pese al reconocimiento de las uniones de hecho como vínculo adecuado para acceder a la condición de beneficiario de la pensión de viudedad, es evidente que la mera convivencia no es suficiente para disfrutar de la protección de la Seguridad Social por muerte y supervivencia: el matrimonio se ha erigido en el condicionante principal durante largo tiempo, y pese a que la Ley 40/2007 admitió finalmente que la convivencia *more uxorio* podía en cierta forma equipararse, los estrictos requisitos que han de cumplir las uniones de hecho para convertirse en un vínculo idóneo a estos efectos demuestran que el Estado quiere ejercer un férreo control con el objetivo de contener el gasto del Sistema<sup>7</sup>.

De conformidad con los arts. 219 y 221 LGSS/2015 (Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, BOE núm. 261, de 31 de octubre) tienen derecho a la pensión de viudedad el cónyuge superviviente, así como quien se encontrase unido al causante en el momento de su fallecimiento, formando una pareja de hecho<sup>8</sup>. Se puede observar que el legislador identifica un estado de necesidad que es digno de protección, atendiendo a la libertad de la pareja para ordenar sus relaciones como mejor consideren.

Examinando brevemente los requisitos exigidos a la pareja de hecho para el acceso a la pensión de viudedad, señalamos:

- Relación constituida con análoga relación de afectividad a la conyugal: la convivencia *more uxorio*, ha de desarrollarse en régimen vivencial de coexistencia diaria, estable, con permanencia temporal consolidada a lo largo de los años, practicada de forma externa y pública con acreditadas actuaciones conjuntas de los interesados, creándose así una comunal vida amplia, intereses y fines, en el núcleo de un mismo hogar<sup>9</sup>.
- Constitución de una pareja de derecho, no pareja de hecho, esto es, la pareja de hecho debe estar debidamente legalizada e inscrita: pues el legislador establece dos

<sup>6</sup> Su Exposición de Motivos matiza expresamente que “No obstante, habida cuenta de la imposibilidad de conseguir la plena equiparación entre las parejas matrimoniales y las de hecho, se hace invariable la plena igualdad en el régimen jurídico de las prestaciones de viudedad”.

<sup>7</sup> RODRÍGUEZ CARDO, I.: “El rito gitano como vínculo apto para disfrutar de la pensión de viudedad (Comentario de urgencia a la STEDH Muñoz Díaz vs. España de 8 de diciembre de 2009)”, *Actualidad Laboral*, núm. 3, Sección Estudios, 2010, p. 1.

<sup>8</sup> Se considera pareja de hecho la constituida, con análoga relación de afectividad a la conyugal, por quienes, no hallándose impedidos para contraer matrimonio, no tengan vínculo matrimonial con otra persona y acrediten, mediante el correspondiente certificado de empadronamiento, una convivencia estable y notoria con carácter inmediato al fallecimiento del causante y con una duración ininterrumpida no inferior a cinco años

<sup>9</sup> STS de 18 de mayo de 1992 (RJ 1992, 4907).

exigencias, una material, de convivencia como estable pareja de hecho durante el mínimo de 5 años; y otra formal (*ad solemnitatem*) de su verificación de que la pareja se ha constituido como tal ante el Derecho y dotada de “análoga relación de afectividad a la conyugal”, con 2 años de antelación al hecho causante (en forma muy similar a la que se produce en el matrimonio). O lo que es igual, la pensión de viudedad que la norma establece no es en favor de todas las parejas “de hecho” con 5 años de convivencia acreditada, sino en exclusivo beneficio de las parejas de hecho “registradas” cuando menos 2 años antes (o que han formalizado su relación ante Notario en iguales términos temporales) y que asimismo cumplan aquel requisito convivencial<sup>10</sup>.

- No hallarse impedido para contraer matrimonio y no tener vínculo matrimonial con otra persona.
- Carencia de rentas.

## II. EL MATRIMONIO GITANO Y SU FALLIDA LEGALIZACIÓN

### 1. EL RITO MATRIMONIAL GITANO

Entre las minorías étnicas asentadas en España, una de las mayoritarias es sin duda alguna la minoría gitana, cuya presencia en territorio español comenzó hace más de seis siglos, y que ha sido tradicionalmente perseguida y discriminada. El problema que se plantea con respecto a estos colectivos es precisamente que, en la mayoría de los casos, están más adheridos a sus identidades culturales que a la de la sociedad que los recibe. Indudablemente, en un Estado social y democrático de Derecho deben respetarse las señas de identidad propias de las minorías, pero esto no significa que el Estado receptor esté obligado al reconocimiento jurídico de su acervo cultural, sobre todo porque, en ocasiones, los usos y tradiciones de estos grupos pueden chocar frontalmente con el orden público y los valores propios de la nación<sup>11</sup>.

Es evidente que los integrantes de la etnia gitana pueden contraer matrimonio civil en las mismas condiciones que cualquier otra persona, y, por supuesto, también matrimonio en una de las formas religiosas a las que el ordenamiento español atribuye efectos civiles. Es más, muchos gitanos se casan a través del rito evangélico, lo que elimina cualquier traba para el acceso a la pensión de viudedad<sup>12</sup>.

Y el matrimonio evangélico, aun no registrado, permite el acceso del conviviente de hecho a la pensión de viudedad, pues al Alto Tribunal entiende que el consentimiento prestado ante un Pastor de la Iglesia Evangélica de Filadelfia y en presencia de dos testigos, sin tramitarse el expediente previo ante el Registro Civil, da derecho a pensión en determinados casos. Señala 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, todo ello desde la aplicación de los art. 14 (principio de igualdad), 16.1 (derecho a la libertad religiosa) y 39.1 (principio de protección a la familia).

Sin embargo, dentro de las tradiciones propias de esa minoría se encuentran una serie de “ritos de paso” destinados a celebrar o conmemorar los hechos más significativos de la existencia humana según su pensamiento, como son el nacimiento, el bautismo, el matrimonio y la muerte, y cada una de esas situaciones requiere unas formalidades particulares por aplicación de la llamada

<sup>10</sup> STS de 20 de julio de 2010 (RJ 2010, 7278): La titularidad del derecho -pensión- únicamente corresponde a las “parejas de derecho” y no a las genuinas “parejas de hecho”.

<sup>11</sup> BERENGUER ALBADALEJO, C.: “El principio de igualdad y no discriminación en relación con la pensión de viudedad y el matrimonio gitano”, Derecho Privado y Constitución, núm. 24, 2010, pp. 155-156.

<sup>12</sup> RODRÍGUEZ CARDO, I.: “Forma matrimonial y pensión de viudedad: en particular, el matrimonio por el rito gitano”, *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, núm. 16, 2007, edición digital en westlaw (BIB 2007/2256), p.5.

ley gitana: esta ley gitana, por cierto, consiste en normas consuetudinarias, no escritas, que se transmiten de generación en generación; y su carácter consuetudinario provoca como consecuencia natural que las formas de celebración o conmemoración puedan ser diferentes en atención al ámbito geográfico, pues las tradiciones no evolucionan de la misma forma en todos los lugares<sup>13</sup>.

La trascendencia de la que goza el acto matrimonial en la cultura gitana no es cuestión baladí, ya que se trata de uno de los actos más importantes en la vida de los miembros de dicha comunidad, que despliega efectos sociales, goza del reconocimiento público y conlleva la obligación de convivencia de los esposos así como un conjunto de derechos y deberes propios de la institución matrimonial<sup>14</sup>.

## **2. INTENTO DE LEGALIZAR EL MATRIMONIO GITANO: “PROPOSICIÓN DE LEY DE RECONOCIMIENTO DE EFECTOS CIVILES DEL MATRIMONIO CELEBRADO CONFORME AL RITO GITANO”, DE LAS CORTES DE ARAGÓN, DE 9 DE JUNIO DE 2000**

El primer intento de reconocer efectos civiles a un matrimonio de tipo étnico se llevó a cabo con la Proposición de Ley de reconocimiento de efectos civiles al matrimonio gitano, presentada por el Grupo Parlamentario Socialista el 9 de junio de 2000 para su debate y votación en las Cortes de Aragón y su posterior remisión a Madrid, a la Mesa del Congreso de los Diputados, pero que fue finalmente retirada por el Pleno de las Cortes de Aragón el 25 de mayo de 2001<sup>15</sup>.

Implica una trascendente innovación del sistema matrimonial español, rompiendo la tradicional dualidad matrimonio civil-matrimonio religioso. Ello aconsejaría que dicha modificación fuera precedida, en aras de la seguridad jurídica y del principio de igualdad que vincula a todos los españoles a un mismo ordenamiento civil, de una apertura del articulado del Código a esta novedosa fórmula<sup>16</sup>.

Dice la exposición de motivos que, el matrimonio según el rito gitano tiene su origen en la propia cultura del pueblo gitano, y su conservación y mantenimiento a lo largo de siglos evidencian el arraigo de sus tradiciones y es buena muestra del respeto que ese pueblo tiene hacia la institución matrimonial<sup>17</sup>. La constante aspiración a la progresiva integración social del pueblo gitano puede experimentar un buen avance con el reconocimiento de los efectos civiles del matrimonio celebrado según la forma o rito gitano, con todas las garantías que imponen las normas civiles españolas.

Con esta ley se viene a saldar una deuda histórica de nuestra sociedad con los miembros del pueblo gitano en España, y al mismo tiempo puede ayudar a futuras aproximaciones en su aconsejable y progresiva integración en la sociedad española contemporánea, que habrán de

<sup>13</sup> RODRÍGUEZ CARDO, I.: “Forma matrimonial y pensión de viudedad: en particular, el matrimonio por el rito gitano”, *cit.*, p.5.

<sup>14</sup> BERENGUER ALBADALEJO, C.: “El principio de igualdad y no discriminación en relación con la pensión de viudedad y el matrimonio gitano”, *cit.*, p. 111.

<sup>15</sup> Boletín Oficial de las Cortes de Aragón, núm. 60, de 14 de junio de 2000, y núm. 138, de 1 de junio de 2001, respectivamente.

<sup>16</sup> DELGADO ECHEVERRÍA, J.: “Materiales sobre la proposición de Ley de reconocimiento de efectos civiles del matrimonio celebrado conforme al rito gitano”, *Revista de Derecho Civil Aragonés*, núm. 2, 2000, p. 292.

<sup>17</sup> El rigor, la seriedad y la constancia en la práctica de esta singular forma matrimonial, rodeada de las necesarias garantías según sus propias creencias, han permitido al pueblo gitano mantener viva su tradición y la vigencia de este rito a pesar de todos los cambios culturales, sociales y políticos por los que ha pasado a lo largo de su historia en España, y aun de las crisis que de modo particular han afectado y afectan a la institución matrimonial y a la familia en la sociedad contemporánea.

resultar beneficiosas para toda la sociedad en su conjunto. En nuestra opinión, España tiene una deuda histórica tradicional con el pueblo gitano<sup>18</sup>.

Y se añaden más cosas. Se dice en la exposición de motivos que el matrimonio, como la familia, es una institución natural a la que el Estado dota de unos efectos civiles determinados en búsqueda de la mayor estabilidad social. Parece, así, justo que el acreditado aprecio que por el matrimonio y la familia han expresado siempre los gitanos, tenga un merecido reconocimiento por parte del estado español, admitiendo su plena validez y dotándolo de los efectos civiles que otras formas matrimoniales tienen en el ordenamiento jurídico español.

Señala la necesidad de salvaguardarse la normativa civil, sustantiva y registral, que regula el matrimonio en España como emanación de un ordenamiento al que el pueblo gitano está sujeto en igualdad con el resto de los españoles. Es por ello que parece necesario hacer realidad dicha afirmación mediante las correspondientes adaptaciones: no debe olvidarse que las inadaptaciones al Reglamento del Registro Civil pueden ser corregidas, si se considera adecuado, dentro de los trabajos de la propia Ponencia, pero, la adaptación de la Proposición al Código Civil, en caso de considerarse oportuna, haría necesaria la inclusión de las correspondientes disposiciones de modificación del Código en la propia proposición por unanimidad de los Grupos Parlamentarios<sup>19</sup>.

En la proposición de Ley se reconocen los efectos civiles del matrimonio celebrado conforme al rito gitano, siempre que se cumplan los requisitos establecidos en la misma y previa su inscripción en el Registro Civil correspondiente. Señala que los gitanos que hayan contraído matrimonio conforme a su propio rito, pueden solicitar su reconocimiento mediante la inscripción en el Registro Civil del lugar de su celebración, que habrán de promover en un plazo no superior a los tres meses siguientes a la misma.

Para ello, presentarán una declaración firmada por ambos contrayentes, la Adjuntadora (investida de autoridad ceremonial por el uso y la costumbre, viene a ser parecido al que desempeña en los matrimonios civiles el alcalde o los concejales)<sup>20</sup> y los dos testigos o padrinos ante quienes se haya prestado el consentimiento, en la que todos ellos, y bajo pena de falsedad en documento público, harán constar el hecho de haberse celebrado el matrimonio conforme al rito gitano, con expresión del lugar y fecha del mismo.

### III. LA BUENA FE MATRIMONIAL DEL RITO GITANO

Si bien la unión celebrada conforme al rito gitano carece, como hemos visto, de formalidad administrativa y de legalidad alguna, ponemos en valor la buena fe de los contrayentes de cara a la efectiva constitución del mismo.

Partimos de la idea de la falta de reconocimiento en el ordenamiento español, al igual que ocurre en Derecho comparado, de efectos civiles para las uniones celebradas únicamente bajo el denominado rito gitano; cuestión que ya había sido abordada en numerosas ocasiones por nuestros tribunales que sistemáticamente han denegado en tales supuestos pensión de viudedad, sin más excepción conocida que, justamente, la sentencia dictada por el Juzgado de lo Social de Madrid

<sup>18</sup> Indudablemente, ha sido una comunidad marginada, maltratada, discriminada, y eso, indudablemente, genera un agravio histórico y genera una obligación por parte del maltratador y discriminador de acabar con eso.

<sup>19</sup> DELGADO ECHEVERRÍA, J.: “Materiales sobre la proposición de Ley de reconocimiento de efectos civiles del matrimonio celebrado conforme al rito gitano”, *cit.*, p. 295.

<sup>20</sup> Señala DELGADO ECHEVERRÍA, J.: “Materiales sobre la proposición de Ley de reconocimiento de efectos civiles del matrimonio celebrado conforme al rito gitano”, p. 295, que es una figura no jurídica que en su caso debería definirse en la propia norma, condicionando así su carácter necesariamente femenino y su denominación, cuando puede darse el supuesto de que, dada la pluralidad y gran número de comunidades gitanas existentes en la actualidad, los ritos matrimoniales (que se mantienen siempre al margen de Derecho) no sean necesariamente idénticos aunque su base pueda ser similar.

núm. 12, de 30 de mayo de 2002 que estimó la demanda de la Sra. Muñoz Díaz<sup>21</sup> (conocida popularmente como “La Nena”).

El Juzgado de lo Social núm. 12 de Madrid, por sentencia de 12 de mayo de 2002 estimó la pretensión de la actora al entender que el matrimonio gitano se había celebrado en territorio español y se ajustaba a la ley personal de los contrayentes, se trata de una forma válida y admitida por la costumbre y usos de dicha etnia, por lo que había que considerarlo válido debiéndose promover su inscripción en el Registro Civil. Asimismo, la sentencia de instancia llega a la conclusión de que la negativa del INSS a reconocer a la actora la pensión de viudedad indica un trato discriminatorio por razón de etnia contrario al artículo 14 CE.

El INSS recurre dicha decisión en suplicación, y la correspondiente STSJ de Madrid, de 7 de noviembre de 2002 (AS 2002, 3376) estima el recurso interpuesto, anula la sentencia de instancia y deniega, en consecuencia, la pretensión de la actora, esencialmente por entender que el matrimonio celebrado conforme a ese rito no tiene la condición de tal en el ordenamiento jurídico español, sin que de ello se derive discriminación alguna por razón de pertenecer la recurrente a la etnia gitana. Afirma que “ha de distinguirse lo que es la legalidad vigente y aplicable en cada momento de aquella que puede entenderse deseable por parte de un sector de la sociedad o de un afectado o grupo de afectados”; y añade que el matrimonio celebrado única y exclusivamente conforme al rito gitano no encuentra apoyatura legal para su reconocimiento, por lo que la denegación de la prestación es la consecuencia obligada.

Aunque se trate de una etnia<sup>22</sup>, no por ello sus normas o formas trascienden jurídicamente de su propio ámbito, ni están consagradas en el ordenamiento jurídico en el que se prevé la pensión litigiosa, de modo y manera que teniendo su relevancia y reconocimiento social, en dicho ámbito, no por ello excluyen, ni sustituyen actualmente, a la normativa general vigente y aplicable al efecto, en cuanto se trata de un matrimonio entre españoles celebrado en España. No se discute, en consecuencia, la moralidad o la conformidad al orden público de dicho rito, sino tan sólo si tiene capacidad de obligar erga omnes cuando existen normas legales que regulan el matrimonio en España, y la respuesta, evidentemente, ha de ser negativa.

Ante la desfavorable resolución del TSJ, la señora Muñoz decide interponer recurso de amparo ante el TC alegando la vulneración de su derecho a la igualdad ante la ley y a no ser discriminada por motivos de raza y condición social consagrado en el artículo 14 CE, al habersele denegado la pensión de viudedad por equiparar su situación con la convivencia *more uxorio* y no reconocer efectos civiles a su matrimonio. Con la STC 69/2007 de 16 de abril (RTC 2007, 69), el TC se pronuncia por primera vez sobre esta cuestión de forma expresa, y si bien desestima la pretensión de la actora, contiene un voto particular muy interesante.

La intimación del amparo se argumenta por la eficacia del derecho a la igualdad ante la ley y no ser discriminado por motivos de raza y condición social, apoyándose en un argumento interesante. Así en palabras del propio recurso: “el matrimonio gitano si bien puede ser considerado algo menos que un matrimonio civil, debe también ser considerado como algo más que una pareja de hecho y recibir un tratamiento adecuado a ello”, de lo que se debería conceder un tratamiento afirmativo a la pretensión de la actora. También razona sobre un argumento esencial: la falta de previsión legal con respecto al consentimiento matrimonial prestado por este rito.

<sup>21</sup> SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C.: “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la pensión de viudedad en caso de unión celebrada conforme al rito gitano”, *Revista Doctrina Aranzadi Social*, núm. 18, 2010, edición digital en westlaw (BIB 2009/2052), p. 2.

<sup>22</sup> Afirma que una “etnia” por otra parte, no constituye sino un grupo diferenciado por razón de la raza, pudiendo ser múltiples las que albergue un Estado sin que por ello se diluya o fragmente su ordenamiento jurídico general en tantas cuantas razas lo integren, independientemente de las normas específicas de que tenga a bien dotarse al efecto por tal motivo, y un “rito”, en fin, no es sino una costumbre a ceremonia, o bien un conjunto de reglas establecidas para el culto y ceremonia religiosas.

La discriminación por motivos sociales es rechazada, precisamente, por el amplio margen de libertad conferido al legislador en la configuración de la Seguridad Social. El hecho de que determinados grupos sociales puedan contar con una regulación más ventajosa, o más adaptada a sus características, no genera *per se* discriminación. Tampoco cabe apreciar discriminación por motivos raciales o étnicos, por más que se hayan reconocido efectos civiles a otros ritos. La pretensión de situar al rito gitano en una situación intermedia entre el matrimonio civil y las formas religiosas reconocidas por Estado, por un lado, y las uniones de hecho, por otro, es descartada por el TC, ya que no cabe en nuestro ordenamiento la discriminación por indiferenciación.

La STC 69/2007 tiene un voto particular que firma el Magistrado D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, y que se basa sobre una sentencia anterior<sup>23</sup>, en la cual se estimaba la prestación de viudedad solicitada por el cónyuge superviviente a pesar de no haberse inscrito en el registro civil el matrimonio canónico celebrado, porque entendía el TC que dicha circunstancia no equipara el matrimonio válido a una mera convivencia *more uxorio*, y que, por ello, no puede tener el mismo tratamiento jurídico a efectos del devengo de la pensión de viudedad, porque la ausencia de “inscripción registral no implica la inexistencia del vínculo matrimonial y por ello no puede negarse la condición de cónyuge legítimo a quien ha acreditado su existencia”.

El Magistrado aporta diversos argumentos criticando la solución mayoritaria por estimar que la recurrente merecía el amparo. Afirma que la ausencia de anotación registral del matrimonio celebrado por el rito gitano no debería eliminar la posibilidad de acceder a la prestación, aunque, en este caso a diferencia del anterior, la no inscripción no sea causa de una opción de la pareja (matrimonio en la fe), sino que se debe a una imposibilidad legal, cuya vigencia debería ser eliminada, y en este caso concreto no aplicarse. Señala que “resulta claramente desproporcionado que el Estado español que ha tenido en cuenta a D<sup>a</sup> M<sup>a</sup> Luisa y a su familia gitana al otorgarle libro de familia, asistencia sanitaria con familiares a su cargo para ella y para sus seis hijos y ha percibido las cotizaciones correspondientes a su marido gitano... quiera desconocer hoy que el matrimonio gitano resulta válido en materia de pensión de viudedad”.

El matrimonio nulo produce efectos, y entre ellos la causación, y eventual percepción, de la pensión de viudedad. Sin embargo, no es posible calificar como nulo el matrimonio por el rito gitano, pues la nulidad lleva implícita la posibilidad real de que el acto pudiera gozar de validez, que no alcanza a consecuencia de un vicio en alguno de sus elementos esenciales. El matrimonio gitano, por el contrario, carece siempre de efectos civiles, es jurídicamente imposible, pero no porque sea nulo, sino porque es inexistente. Nulidad e inexistencia son dos categorías jurídicas diferenciadas, y en este caso con consecuencias muy distintas, porque la inexistencia del matrimonio deriva en la denegación de la pensión de viudedad<sup>24</sup>.

Aunque motivos de seguridad jurídica siguen aconsejando la acreditación de forma fehaciente de un vínculo de carácter formal entre causante y beneficiario de la prestación, sobre todo para evitar problemas de concurrencia de beneficiarios, debe reconocerse que esas formas informales de convivencia van recibiendo un empuje institucional hacia su reconocimiento y asimilación al matrimonio. Es probable, por ello, que parte del debate se centre, no tanto en la consideración de la unión de hecho como asimilada al matrimonio, sino en la admisión por parte del registro civil de otros ritos o formas de celebración del matrimonio, entre los que cabría incluir tanto el celebrado por el rito gitano, como la mera transposición de la anotación efectuada en los registros municipales de uniones de hecho. No se trata, en fin, de asimilar al matrimonio meras convivencia de hecho, sino en entender que la prestación puede lucrarse además de por matrimonio, por la acreditación registral de una convivencia con características comunes al matrimonio, pudiendo, en

<sup>23</sup> El voto particular acude a la doctrina anterior del propio TC, concretamente la STC 199/2004 de 15 de noviembre (RTC 2004, 199).

<sup>24</sup> RODRÍGUEZ CARDO, I.: “Forma matrimonial y pensión de viudedad: en particular, el matrimonio por el rito gitano”, *cit.*, p.9.



este caso sí, vincular el percibo de la misma, con el estado de necesidad del conviviente supérstite<sup>25</sup>.

Tuvo una amplia repercusión mediática la STEDH de 8 de diciembre de 2009, que estimó la pretensión de reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad de la demandante casada por rito gitano. Pero dicha sentencia no establece en momento alguno que el no reconocimiento de efectos civiles (y de seguridad social) a un matrimonio celebrado por el rito gitano suponga una violación del derecho a contraer matrimonio del artículo 12 del Convenio de Roma, ni tampoco una forma de discriminación racial prohibida por el art. 14 de ese mismo Convenio. Por el contrario, considera que el matrimonio civil en España está abierto a todos, por lo que su regulación no implica ningún tipo de discriminación por motivos religiosos o de otra índole.

En cuanto a la Ley General de la Seguridad Social vigente en el momento de los hechos, reconoce, en su artículo 174, el derecho del cónyuge de buena fe a una pensión de viudedad en caso de matrimonio nulo. La señora Muñoz sostiene que, ella estaba convencida de buena fe de que el matrimonio celebrado conforme a los usos y costumbres gitanos implicaba todos los efectos propios de esta institución.

Para apreciar la buena fe de la demandante, el Tribunal debe tomar en consideración su pertenencia a una comunidad en la que la validez del matrimonio según sus propios usos y costumbres no ha sido nunca cuestionado y que nunca ha sido considerado contrario al orden público por el Gobierno o por las autoridades internas, que incluso han reconocido en ciertos aspectos, la calidad de esposa de la demandante. Considera que la fuerza de las creencias colectivas de una comunidad culturalmente bien definida no puede ser ignorada.

Para el TEDH, la buena fe de la demandante en cuanto a la validez de su matrimonio, confirmado con el reconocimiento oficial de su situación por las autoridades, ha generado en la interesada la expectativa legítima de ser considerada esposa y de formar una pareja casada reconocida. Tras el fallecimiento, es natural que la demandante haya alimentado la esperanza de que se le reconozca una pensión de viudedad. En consecuencia, la denegación del reconocimiento de la calidad de cónyuge a la demandante al objeto de obtener una pensión de viudedad contradice el reconocimiento previo de esta calidad por las autoridades. Esta negativa, además, no tuvo en cuenta las especificidades sociales y culturales de la demandante para apreciar su buena fe.

El Tribunal considera que el no reconocimiento del derecho de la demandante a percibir una pensión de viudedad constituye una diferencia de trato en relación al trato dado, por la Ley o la jurisprudencia, a otras situaciones que deben considerarse equivalentes en lo relativo a los efectos de la buena fe, tales como el convencimiento de buena fe de la existencia de un matrimonio nulo. El Tribunal considera probado que, teniendo en cuenta las circunstancias del caso, esta situación constituye una diferencia de trato desproporcionado con respecto a la demandante en relación al trato reservado al matrimonio de buena fe.

Ella contrajo matrimonio por el rito gitano porque es el único rito reconocido por su comunidad y que de buena fe, no era libre para dar su consentimiento de otro modo. En consecuencia, la demandante se rebela contra el hecho de haber sido privada de sus derechos sociales bajo pretexto de no estar casada con M. D., y rechaza ser considerada su pareja de hecho.

El TEDH señala como ejemplo la STC 199/2004, en la que el mismo sí consideró oportuno el reconocimiento al derecho a la pensión de viudedad en un supuesto de matrimonio celebrado a través del rito matrimonial católico que no fue inscrito en el Registro Civil por motivos de conciencia. De esta forma, la Sentencia del Tribunal de Estrasburgo confirma, precisamente, ese trato desigual frente a situaciones comparables que debieran haber sido tenidas en cuenta como equivalentes. En definitiva, los pronunciamientos divergentes parten de la misma base a tomar en consideración, esto es, la buena fe de los solicitantes de la prestación respecto a la validez de su matrimonio. Dicha buena fe matrimonial no se basa única y exclusivamente en la creencia por

<sup>25</sup> ARIAS DOMÍNGUEZ, A.: “Matrimonio gitano y devengo de pensión de viudedad”, *cit.*, pp. 4 y 5.

parte de los mismos de que su matrimonio era válido, sino que además se puede constatar a través de elementos objetivos con fuerza probatoria<sup>26</sup>.

La buena fe matrimonial no se basa única y exclusivamente en la creencia por parte de los contrayentes de que su matrimonio es válido sino que se puede y se debe constatar con elementos objetivos con fuerza probatoria como pueden ser determinados documentos oficiales que den apariencia de validez a ese matrimonio.

Recientemente, la STS de 25 de enero de 2018 (RJ 2018, 515), desestima la pensión de viudedad de pareja unida por el rito gitano por no acreditarse la existencia de la pareja de hecho<sup>27</sup>, al no constar su inscripción en el registro, ni estar constituida a través de documentos público, resultando inaplicable la doctrina de la STEDH, por no concurrir buena fe matrimonial basada en la creencia de la eficacia del vínculo contraído al no venir avalada en documentos oficiales que le hubieran dado apariencia de validez pues tanto en el libro de familia como en la inscripciones de nacimiento se hace constar la cualidad de solteros de los padres y la naturaleza extramatrimonial de los hijos.

Conviene señalar el razonamiento del voto particular discrepante que formula la Magistrada Excm. Sra. D<sup>a</sup> María Lourdes Arastey al que se adhiere la Magistrada Excm. Sra. D<sup>a</sup> María Luisa Sevoviano Astaburuaga.

En el voto particular discrepante se enfatiza que es la primera vez que se plantea ante la Sala de lo Social del TS cuál ha de ser el alcance que pudiera desplegar la doctrina sentada por la STEDH<sup>28</sup>, no ya en la posibilidad de equipar el rito gitano al matrimonio, sino en la consideración de las parejas unidas por "matrimonio" gitano en relación con el acceso a la prestación de viudedad. En la misma, se recuerda, el Tribunal de Estrasburgo se decanta por efectuar un pronunciamiento estrictamente pegado al caso, ceñido, por ello, a las particulares y específicas circunstancias del supuesto que resolvía. En el caso Muñoz Díaz, se partía del reconocimiento previo por las autoridades españolas de la relación entre la demandante y el fallecido, circunstancias que aquí no concurre ya que ninguno de los datos que aparecen reflejados en el relato de hechos probados de la sentencia puede servir para extraer esa conclusión.

Por tanto, lo que ahora se suscita es la posibilidad de acceso a la pensión de viudedad como pareja de hecho por parte de quien ha estado unida al causante por matrimonio celebrado "conforme a los usos y costumbres gitanos" y la interpretación que deba hacerse de lo dispuesto en el art. 174.3 LGSS aplicable al caso, según el cual la existencia de la pareja de hecho se acredita con la inscripción en alguno de los registros específicos existentes en la comunidades autónomas o ayuntamiento del lugar de residencia. La pensión de viudedad que el art. 174.3 LGSS establece no es en favor de todas las parejas de hecho con 5 años de convivencia acreditada, sino en exclusivo beneficio de las parejas de hecho registradas cuando menos 2 años antes. Por tanto, la titularidad del derecho (pensión) únicamente corresponde a las parejas de derecho y no a las genuinas parejas de hecho<sup>29</sup>.

El TEDH ha señalado que, como resultado de su historia turbulenta y su constante desarraigo, los gitanos se han convertido en una minoría especialmente desfavorecida y vulnerable.

<sup>26</sup> LALAGUNA HOLZWARTH, E.: "Diferencia de trato en el reconocimiento de la pensión de viudedad por razones de origen étnico", *Revista Doctrina Aranzadi Social*, núm. 54, 2010, edición digital westlaw (BIB 2010/2286), p. 4: "la buena fe de la demandante respecto de la validez de su matrimonio contraído conforme a la tradición gitana, se prueba en el hecho de que fueron las autoridades españolas quienes reconocieron en diversos documentos oficiales la validez, o como poco, la apariencia de validez de ese matrimonio: la demandante detentaba el Libro de familia, el título de Familia numerosa y la cartilla de la Seguridad Social".

<sup>27</sup> El TS procede en primer lugar a repasar su doctrina sobre el requisito de la inscripción como pareja de hecho para tener derecho a la pensión de viudedad, resaltando su importancia y su aceptación por el TC en los casos en los que ha debido conocer de recurso de amparo sobre la misma cuestión.

<sup>28</sup> La Sala repasa igualmente el contenido más relevante de la sentencia del TEDH, y pone de manifiesto, para justificar su no aplicación, en contra del criterio defendido por el Ministerio Fiscal, que nos encontramos ante un supuesto diferente de aquel.

<sup>29</sup> STS de 7 de diciembre de 2016 (RJ 2017, 146).

Por lo tanto, necesitan una protección especial. Esa posición vulnerable significa que debe prestarse especial atención a sus necesidades y a su estilo de vida diferente, tanto en el marco normativo pertinente como al llegar a decisiones en casos concretos<sup>30</sup>.

A partir de la unión de la pareja mediante el rito propio de su cultura, y acreditada indubitadamente la convivencia permanente desde ese momento hasta el fallecimiento del causante, ninguna duda cabe que los convivientes gitanos sostienen la convicción de que su relación de pareja se desarrolla como si de un matrimonio se tratara, con independencia de la ineficacia jurídica del citado rito (prevalece su buena fe). Exigir en estos casos que la existencia de la pareja de hecho se acredite por la inscripción del registro de parejas se torna claramente redundante y, por ende, innecesaria, en la medida en que para la pareja gitana la aceptación de la llamada “ley gitana” les convierte, a su entender y al del resto de la comunidad en la que desarrollan su vida, en una unidad matrimonial no cuestionada como tal y, si cabe, con más fuerza.

De ahí que, mientras que la regla del art. 174.3 LGSS tiende a constatar la verdadera existencia de la pareja de hecho y sea lógico y justificado el establecimiento del requisito, la especial realidad fáctica de este grupo étnico ofrece mayores garantías de que esa situación de pareja existe mientras perdura la convivencia entre sus dos componentes, superando en estos casos el test necesario de satisfacción de la finalidad buscada por dicha norma<sup>31</sup> (la exigencia del registro o del documento público se convierte en un requisito meramente formal, que resulta enervante porque no sirve sino para redundar la constatación de una situación ya indubitada gracias a las especificidades de las tradiciones y usos del grupo cultural y étnico gitano).

Se plantea muy acertadamente abrir una reflexión sobre el alcance de la aplicación de la Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, (y que incluye la Seguridad Social en su ámbito de aplicación). Pudiera darse un supuesto jurídico de discriminación indirecta por razón del origen étnicos, tipificada en el art. 2.1 b) de la citada Directiva (diversas sentencias del TEDH justifican la tesis de que hubiera sido obligado que la Sala hubiera realizado una interpretación del precepto cuestionado que se acomode al respeto al principio de no discriminación).

#### IV. CONSIDERACIONES FINALES

La atribución de efectos civiles a los matrimonios celebrados conforme al rito gitano no parece que vaya a producirse en un futuro inminente. Por un lado, los poderes públicos no han mostrado, hasta el momento, una posición favorable a esa pretensión. Por otro, las reivindicaciones del pueblo gitano se mueven, en la actualidad, en coordenadas muy diferentes, pues sus prioridades se centran en ámbitos distintos al del reconocimiento de su modalidad matrimonial<sup>32</sup>.

Consideramos que, a pesar de existir una vía legal para adquirir los derechos y deberes derivados del matrimonio, es necesario y conveniente reconocer eficacia civil a los matrimonios celebrados conforme al rito gitano<sup>33</sup>, si bien esta reivindicación no es compartida por todos<sup>34</sup>.

<sup>30</sup> STEDH de 27 de mayo de 2004 (PROV 2004, 158847).

<sup>31</sup> El ciudadano de etnia gitana cumple con los ritos matrimoniales propios de su cultura, y si en el caso concreto se puede constatar una convivencia real, efectiva y con indiscutible carácter de pareja unida maritalmente.

<sup>32</sup> RODRÍGUEZ CARDO, I.: “Forma matrimonial y pensión de viudedad: en particular, el matrimonio por el rito gitano”, *cit.*, p.17. Afirma que entre la propia comunidad gitana no hay una voluntad unánime en relación con el reconocimiento de efectos civiles de su rito matrimonial, de modo que las peticiones de equiparación se focalizan en entornos geográficos donde la integración del pueblo gitano se encuentra más avanzada (como en Aragón).

<sup>33</sup> En el mismo sentido, ARIAS DOMÍNGUEZ, A.: “Matrimonio gitano y devengo de pensión de viudedad”, *cit.*, p. 10, al señalar que “lo razonable para el futuro sea modificar -como se insinúa vehementemente en muchas de las resoluciones aquí traídas- la legislación civil para dar validez a una forma matrimonial determinada, característica de una etnia que convive en nuestro país desde hace más de quinientos años”.

<sup>34</sup> BERENGUER ALBADALEJO, C.: “El principio de igualdad y no discriminación en relación con la pensión de viudedad y el matrimonio gitano”, *cit.*, p. 157, señala su no conveniencia por varios motivos: por un lado, porque este

El reconocimiento del rito matrimonial gitano es consustancial a la aceptación de su cultura, por lo que los avances en este aspecto general podrán derivar en que el rito gitano goce de eficacia civil. Sin embargo, por el momento el pueblo gitano centra sus reivindicaciones en la erradicación de las dificultades que se plantean para el acceso al empleo, la educación, la vivienda y en otros muchos ámbitos -inclusive el reconocimiento de su lengua, el romaní-, dificultades que derivan de los prejuicios recíprocos entre gitanos y payos<sup>35</sup>.

Si la inscripción del matrimonio en el registro civil no es un requisito consustancial al mismo, en la medida en que éste adquiere plena eficacia desde su celebración; si se ha concedido la prestación de viudedad en supuesto de celebración de matrimonio por formas religiosas no reconocidas legalmente por el ordenamiento jurídico español que, con posterioridad, se admitieron como válidas y con plena eficacia jurídica para todos los efectos; si la prestación ha sido concedida de forma generosa en supuestos matrimoniales controvertidos (cambio de sexo de uno de los cónyuges, poligamia, etc.); y, si, en fin, el propio TC no niega que un conviviente supérstite pueda tener algún tipo de protección desde el sistema público, por qué no va a ser posible entender, que el matrimonio ha existido realmente, y debe generar, en consecuencia, todas las ramificaciones de tal circunstancia, incluida, en fin, la prestación de viudedad<sup>36</sup>.

En este contexto, y aunque todavía no se ha convertido en una prioridad ni siquiera para la propia etnia gitana, es probable que el rito gitano pueda equipararse al matrimonio civil, católico, musulmán, evangélico o judío -en el sentido de gozar de efectos civiles- en algún momento. Pero difícilmente se avanzará en esa línea de forma aislada, sino que la concesión de efectos civiles a esa modalidad matrimonial se enmarcará en un proceso de progresiva integración del pueblo gitano, que propicie un mayor conocimiento recíproco y una eliminación de prejuicios, y concluya en la natural aceptación de tradiciones culturales, siempre, por supuesto, que se respeten las exigencias de las normas de orden público<sup>37</sup>.

Parece redundante la inscripción de hecho de la pareja gitana, ya que la ley que ellos consideran aplicable, “su ley gitana” ya la ha convertido desde el momento de la unión “en una unidad matrimonial no cuestionada como tal, y si cabe con más fuerza”, y ello avala la existencia de esa “unión de hecho”, sin necesidad del requisito constitutivo de inscripción en el correspondiente registro, so pena de caer en un formalismo enervante que en nada ayudaría a la protección de los derechos de las personas de etnia gitana y que se han unido como pareja de acuerdo a las reglas y ritos gitanos.

---

reconocimiento podría suponer que en un futuro no muy lejano se plantease de nuevo la misma problemática respecto de los usos y costumbres de otros colectivos minoritarios asentados en nuestro país y, por otro lado, porque tampoco tenemos claro si la propia comunidad gitana desea que se regularice su ancestral rito, ya que dicha regularización conllevaría el compromiso de someterse a los requisitos que fijase el Estado y la asunción de ciertas responsabilidades para las que, si bien no dudamos está preparada una pequeña parte de dicha comunidad, no creemos que sea la situación de la mayoría.

<sup>35</sup> RODRÍGUEZ CARDO, I.: “Forma matrimonial y pensión de viudedad: en particular, el matrimonio por el rito gitano”, *cit.*, p.18.

<sup>36</sup> ARIAS DOMÍNGUEZ, A.: “Matrimonio gitano y devengo de pensión de viudedad”, *cit.*, pp. 9 y 10.

<sup>37</sup> RODRÍGUEZ CARDO, I.: “Forma matrimonial y pensión de viudedad: en particular, el matrimonio por el rito gitano”, *cit.*, p.18.

# CAPÍTULO XVI. LA ADAPTACIÓN Y DISTRIBUCIÓN DE LA JORNADA AL AMPARO DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA: UN ESTUDIO DEL MANDATO CONTENIDO EN EL ARTÍCULO 34.8 ET

LUIS GORDO GONZÁLEZ<sup>1</sup>

*Profesor Ayudante Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad Autónoma de Madrid*

## I. INTRODUCCIÓN: LA CONCILIACIÓN COMO BIEN JURÍDICO A PROTEGER

El contrato de trabajo crea una obligación sinalagmática entre empresario y trabajador, que exige a las partes cumplir con sus respectivas obligaciones durante la vigencia de la relación laboral<sup>2</sup>. Sin embargo, es habitual que durante el trascurso de la prestación de servicios surjan acontecimientos sobrevenidos que dificulten temporalmente, con una mayor o menor duración, el desarrollo de la actividad productiva.

La existencia de motivos que impidan la ejecución de la prestación de servicios podría dar lugar a la extinción del contrato de trabajo, al no poder cumplir una parte con las obligaciones para con la otra. Al respecto, los posibles ejemplos que imposibilitan la prestación de servicios vinculados a la vida personal y familiar son numerosos. Como, por ejemplo, el nacimiento de hijos, la enfermedad de familiares o la necesidad de compatibilizar trabajo con una mejora de la formación.

No obstante, el legislador ha previsto diferentes instrumentos jurídicos a disposición de empresarios y trabajadores para garantizar la pervivencia del contrato de trabajo, al entender que la conciliación debe considerarse un bien jurídico a proteger<sup>3</sup>.

Así, por ejemplo, para no dificultar el proceso productivo y no cargar al empresario con costes adicionales, el empleador puede hacer uso de bonificaciones a sus cuotas a la Seguridad Social para aquellos contratos de interinidad que concierte con nuevos trabajadores para sustituir a otros durante la suspensión de su contrato por maternidad o para el cuidado de familiares<sup>4</sup>.

Por otra parte, los trabajadores pueden utilizar un variado catálogo de derechos, más o menos eficaces, para poder conciliar su vida personal, familiar y laboral. El reconocimiento de licencias o permisos, de derechos de permanencia en supuestos vinculados a la maternidad, paternidad,

<sup>1</sup> Esta comunicación ha sido elaborada en el marco del proyecto de investigación: “El dialogo social en un derecho del trabajo para la recuperación: competitividad empresarial y cohesión social” (DER2015-64676-C2-2-P).

<sup>2</sup> BLASCO, C.: *Tiempo de trabajo y permisos del trabajador por motivos personales y sindicales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, p. 9.

<sup>3</sup> Ciertamente es que nuestro ordenamiento y la legislación europea han protegido el derecho a la conciliación, con mayor o menor intensidad y acierto, pero no han incorporado todavía el derecho a la corresponsabilidad o lo han hecho subordinado a la conciliación, al respecto *vid.* LOUSADA AROCHENA, J.F.: *Permiso de paternidad y conciliación masculina*, Albacete, Bomarzo, 2008, pp. 9-11.

<sup>4</sup> Nuestro ordenamiento contempla una bonificación del 100 % de la aportación empresarial por todas las contingencias para aquellos contratos de interinidad suscritos para cubrir la vacante de trabajadores durante su descanso por maternidad. La bonificación en los supuestos de cuidado de familiares es del 95 % durante el primer año, 60 % durante el segundo y del 50 % durante el tercer año. Durante los tres años las bonificaciones se limitan a la aportación empresarial por contingencias comunes.

adopción o acogimiento, el contrato a tiempo parcial o, finalmente, la reducción y modificación de la jornada son solo algunos de los más reseñables.

En primer lugar, para garantizar el descanso necesario, mandato constitucional imperativo previsto en el artículo 40.2 CE<sup>5</sup>, los trabajadores pueden hacer uso de una serie de licencias y permisos. Estos se caracterizan por<sup>6</sup>: la necesidad de preavisar y justificar su uso; por su carácter no periódico; por la imposibilidad de trasladar a días laborables cuando coincidan con días festivos<sup>7</sup>; y, finalmente, por la capacidad del convenio colectivo de mejorar el tiempo dispuesto legalmente e, incluso, de crear nuevos permisos, volveremos sobre este aspecto más adelante.

Nuestro ordenamiento ha incorporado también una protección cualificada de la maternidad, desde la fecha de inicio del embarazo hasta el comienzo del periodo de suspensión por maternidad. Esta protección consiste en la declaración objetiva de nulidad de las extinciones que no sean declaradas procedentes *ex* artículo 55.5 Estatuto de los Trabajadores. La protección se extiende también a los trabajadores durante la suspensión por maternidad, paternidad, durante la lactancia o durante la reducción de jornada por cuidado de menores de doce años o personas con discapacidad que no desarrolle una actividad retribuida. Finalmente, la protección cualificada también alcanza a los trabajadores excedentes por cuidado de hijos o familiares.

Por otra parte, para favorecer también la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, las instituciones europeas han avivado el fomento del contrato a tiempo parcial por parte de las autoridades nacionales<sup>8</sup>, al entender que un tipo contractual con una dedicación horaria reducida permite compatibilizar las responsabilidades personales, familiares y laborales de una manera más adecuada. Olvidan, sin embargo, que tradicionalmente, al menos desde luego en nuestro país, trabajar a tiempo parcial ha sido sinónimo de precariedad<sup>9</sup>.

Finalmente, otro de los instrumentos que posibilitan la conciliación de la vida personal, familiar y laboral es el establecimiento de normas que disciplinan la adaptación y reducción de la jornada por motivos personales y familiares. Estas adaptaciones y/o reducciones responden al desarrollo del mandato constitucional, contenido en el artículo 39 de nuestra Constitución, que establece la protección a la familia y a la infancia<sup>10</sup>. A continuación abordaremos el análisis de la regulación de esta institución.

<sup>5</sup> Así, *vid.* LÓPEZ AHUMADA, J.E.: *Evolución normativa de los descansos laborales. Primer centenario de la Ley de Descanso Dominical de 1904*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2004, p. 81.

<sup>6</sup> TRILLO PÁRRAGA, F.: *Jornada de trabajo, descansos, permisos y vacaciones*, Albacete, Bomarzo, 2016, p. 158.

<sup>7</sup> La reciente Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de febrero de 2018 ha interpretado que estos permisos deben ser disfrutados a partir del primer día laboral. Esta nueva interpretación ha sido rápidamente acogida por la negociación colectiva. Al respecto, por ejemplo, la modificación del convenio colectivo de Ciclo de Comercio de Papel y Artes Gráficas (BOE 11 de julio de 2018, núm. 167).

<sup>8</sup> Sirvan de ejemplo, al respecto, el Real Decreto-ley 16/2013, de 20 de diciembre, de medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores (BOE 21 de diciembre de 2013, núm. 305) y la Directiva 97/81/CE del Consejo de 15 de diciembre de 1997 relativa al Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial concluido por la UNICE, el CEEP y la CES (DOCE 20 de enero de 1998, L 14/9).

<sup>9</sup> Se ha señalado que trabajar a tiempo parcial en nuestro país supone: el uso de fórmulas individuales de regulación en defecto de la protección que otorgan los instrumentos colectivos; la temporalización de la relación; una sobrerrepresentación de las mujeres y jóvenes entre los trabajadores que suscriben este tipo de contratos; la naturaleza involuntaria de casi todo el trabajo a tiempo parcial y un sistema de protección social débil y desigual, *vid.* SIRVENT GARCÍA DEL VALLE, E.: *El empleo a tiempo parcial como herramienta para compatibilizar la flexibilidad laboral y la conciliación de la vida personal y laboral*, Madrid, CES, 2009, pp. 181-182.

<sup>10</sup> Al respecto, *vid.* VV.AA.: *Claves para el estudio de la jornada laboral*, Cizur Menor, Aranzadi, 2017, p. 803. Por todas, STS 20 de julio de 2000, FJ 4º (Rº 3799/1999).

## II. EL MARCO LEGAL REGULADORIO DE LA ADAPTACIÓN DE LA JORNADA COMO TÉCNICA DE CONCILIACIÓN EN NUESTRO PAÍS

La regulación de la jornada como mecanismo de flexibilización ha sido una exigencia constante por parte de los agentes sociales, especialmente de las organizaciones sindicales<sup>11</sup>. Así, buena parte de las interrupciones, reducciones o adaptaciones de jornada previstas en nuestro ordenamiento responden al interés de los poderes públicos por facilitar a los trabajadores la conciliación de su vida personal, familiar y laboral<sup>12</sup>.

Los representantes de los empresarios reclaman jornadas más flexibles para dinamizar la organización productiva. Por su parte, desde las centrales sindicales se reivindica la reducción de la jornada y su subordinación respecto de la conciliación de la vida personal y familiar.

La regulación de la jornada, si bien es cierto que tradicionalmente ha incorporado mandatos en ambos sentidos, ha tenido un claro sesgo en favor de los intereses empresariales, estando estos mucho más regulados y desarrollados que las peticiones de los trabajadores.

Así, por ejemplo, la legislación incorpora distintas prerrogativas empresariales para modular y articular cambios en la jornada, como, por ejemplo, suspensiones, reducciones o modificaciones sustanciales de la misma<sup>13</sup>. Asimismo, el legislador introdujo en favor de las direcciones empresariales un nuevo derecho a distribuir de manera irregular a lo largo del año el diez por ciento de la jornada de trabajo<sup>14</sup>.

En cuanto a las exigencias de las organizaciones de trabajadores para articular una jornada de trabajo compatible con la vida personal y laboral, sin duda, la posibilidad de que el trabajador o la trabajadora pudieran adaptar su jornada conforme a sus necesidades familiares y personales en cada momento sería una de las herramientas que de forma más rotunda y directa incidirían en la mejora de la conciliación de la vida personal, familiar y laboral. No obstante, el legislador solo ha previsto de manera muy secundaria y limitada esta posibilidad.

Con carácter general, el derecho a adaptar la jornada con carácter unilateral por parte de los trabajadores se hace depender de una reducción de jornada simultánea. De tal suerte que los trabajadores solo podrán concretar su nuevo horario dentro de la jornada reducida, en aquellos supuestos en los que tengan derecho a instalar la reducción de la misma.

Sin ánimo de ser exhaustivos en la concreción del régimen jurídico de las reducciones de jornada previstas legalmente en nuestro ordenamiento para facilitar la conciliación de la vida personal y familiar, puede señalarse que estas se concretan en cinco grandes motivos.

En primer lugar, los trabajadores tienen derecho a reducir su jornada laboral, sin minoración de salario, en hasta media hora de duración para atender la lactancia, natural o artificial<sup>15</sup>, del menor de 9 meses, sea descendiente por consanguineidad, adopción o acogimiento, o a ausentarse una hora de sus puesto de trabajo a lo largo de la jornada (art. 37.4 Estatuto de los Trabajadores). Los solicitantes de este derecho podrán determinar cuándo disfrutar este derecho.

<sup>11</sup> MIGUÉLEZ, F., ANTENTAS, J.M., BARRANCO, O. Y MUNTANYOLA, D.: “Los sindicatos ante la conciliación de la vida laboral y familiar-personal” en *Papers. Revista de sociologia*, núm. 83, 2007, p. 43.

<sup>12</sup> VV.AA.: *Claves para el estudio de la jornada laboral*, Cizur Menor, Aranzadi, 2017, p. 135.

<sup>13</sup> Un análisis de la adopción de modificaciones sustanciales de trabajo puede verse en MARTÍNEZ MORENO, C.: *Modificación de condiciones de trabajo y otras medidas de ajuste laboral: adopción y reacción*, Madrid, Francis Lefebvre, 2016.

<sup>14</sup> Art. 34.2 Estatuto de los Trabajadores contempla en la actualidad la distribución del 10 % de la jornada de trabajo, salvo acuerdo en sentido distinto alcanzado mediante convenio colectivo o acuerdo entre la empresa y los representantes de los trabajadores. Esta previsión fue incorporada por primera vez por el Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (BOE 11 de febrero de 2012, núm. 36), que contemplaba que los empleadores podían distribuir irregularmente hasta el 5 % de la jornada. El porcentaje fue posteriormente incrementado por Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (BOE de 7 de julio de 2012, núm. 162).

<sup>15</sup> Al respecto, se ha señalado que la desvinculación del permiso de la lactancia natural fue abriéndose paso a medida que se consideró que lo esencial no era la lactancia en sí misma, sino la atención y el cuidado del menor de edad, *vid.* RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, S.: *Tiempo de trabajo y vida privada*, Granada, Comares, 2016, p. 222.

Asimismo, para la atención y cuidado del recién nacido, nuestro ordenamiento reconoce también que los trabajadores tienen derecho a ausentarse una hora de su puesto de trabajo, sin pérdida de salario, y, adicionalmente<sup>16</sup>, de otra disminución de hasta dos horas de duración, con reducción proporcional del salario, cuando el menor, recién nacido, deba permanecer hospitalizado a continuación del parto natural (art. 37. 5 Estatuto de los Trabajadores).

El Estatuto de los Trabajadores también contempla el derecho a solicitar la reducción de su jornada a aquellos trabajadores que deben atender a un menor de doce años que por razones de guarda legal esté bajo su cuidado directo, a una persona con discapacidad o un familiar, hasta segundo grado, que por razones de edad, accidente o enfermedad no puedan valerse por sí mismos y no desarrollen una actividad retribuida (art. 37.6 Estatuto de los trabajadores). En estos supuestos, se contempla que el solicitante podrá reducir su jornada laboral entre, al menos, un octavo y un máximo de la mitad de la jornada desarrollada previa a la reducción. De nuevo, esta reducción no permite concretar libremente la jornada del trabajador, solo puede concretarse dentro de la frontera de la jornada previa.

De igual forma, nuestro ordenamiento contempla una reducción de jornada para asistir a menores afectados de cáncer u otra enfermedad grave que implique que el menor requiera de su ingreso hospitalario o de tratamiento y atención domiciliaria continuada (art. 37.6 Estatuto de los Trabajadores)<sup>17</sup>. Esta reducción será, como mínimo de la mitad de la jornada, sin que pueda alcanzar la totalidad de la misma, pero pudiendo llegar al 99,99 % de la jornada<sup>18</sup>. La gran característica diferenciadora de esta reducción es la existencia de un subsidio de la Seguridad Social que pretende sustituye las rentas que los trabajadores solicitantes dejan de percibir como consecuencia de esta reducción.

Finalmente, las trabajadoras, víctimas de violencia de género<sup>19</sup>, pueden también solicitar la reducción o reordenación de su jornada con reducción proporcional del salario (artículo 37.8 Estatuto de los Trabajadores)<sup>20</sup>. La particularidad de este supuesto es que en ausencia de negociación colectiva o de acuerdo entre empresa y trabajadora, será esta última la que de forma unilateral pueda fijar su nueva jornada laboral llegando a poder reorganizar su tiempo de trabajo al margen de los límites impuestos por la jornada anterior. Límite que sí rige para todos los derechos anteriores.

Además de limitar el derecho de los trabajadores a adaptar su jornada a los supuestos en los que se produce la reducción simultánea de la misma, tal y como se acaba de señalar, otra importante restricción impuesta consiste en restringir las propias posibilidades de concretar esa reducción. Así los trabajadores solicitantes de las reducciones antes referidas solo pueden especificar su horario reducido dentro de la jornada que previamente venían desarrollando en la

<sup>16</sup> La doctrina científica coincide en que las reducciones previstas en el artículo 37.5 son acumulativas y no excluyentes, al contrario de lo que sucede en los supuestos de lactancia, por todos VV.AA.: *Jornada Laboral, vacaciones, permisos y suspensión del contrato de trabajo*, Cizur Menor, Aranzadi, 2005, p. 179.

<sup>17</sup> El catálogo de enfermedades graves se encuentra recogido en el RD 1148/2011, de 29 de julio, para la aplicación y desarrollo, en el sistema de la Seguridad Social, de la prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave.

<sup>18</sup> MARTÍNEZ GARCÍA, M.L.: *Propuestas para una regulación igualitaria de la protección por maternidad y paternidad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, p. 233

<sup>19</sup> La condición de víctima de violencia de género quedará acreditada mediante la orden de protección a favor de la víctima. Excepcionalmente, será título de acreditación de esta situación, el informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de que la demandante es víctima de violencia de género hasta tanto se dicte la orden de protección (Art. 23 y 26 Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género).

<sup>20</sup> Nótese que redacción del precepto restringe las posibilidades de la trabajadora, no garantizando, por tanto, una protección integral de la misma. La trabajadora deberá elegir entre la reducción de la jornada o la reordenación del tiempo de trabajo, *vid.* SOBRINO GONZÁLEZ, G.M.: *La protección laboral de la violencia de género: déficits y ventajas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, p. 94.



empresa. Incluso aunque la empresa cuente con otros turnos u horarios que pudieran beneficiar más al trabajador o trabajadora solicitante<sup>21</sup>.

El marco legal enunciado ha sido la regulación tradicional en nuestro país. Este, claramente insuficiente, fue mejorado en el año 2007 por el legislador mediante la aprobación de Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres<sup>22</sup>. Esta norma introdujo un nuevo apartado octavo en el artículo 34 ET, que, por primera vez, venía a reconocer un derecho general y abstracto de adaptación de la duración y distribución de la jornada de trabajo para hacer efectivo el derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral. Este derecho, no obstante, quedaba condicionado al desarrollo que de él se hiciera mediante la negociación colectiva, o, en su defecto, mediante el acuerdo entre empresario y trabajador.

El nuevo derecho instaurado por la Ley de Igualdad efectiva de mujeres y hombres, por tanto, era y es un derecho más programático que de contenido real. Requiere necesariamente, por tanto, de su concreción por los agentes sociales o por el acuerdo entre empresario y trabajador solicitante, respetando el contenido de la negociación colectiva si la hubiera.

El precepto fue alterado por la Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral<sup>23</sup>. La nueva redacción dada al apartado octavo conservó la naturaleza programática del derecho a la adaptación de la duración y distribución de la jornada, pero detalló algunos aspectos que el legislador esperaba fueran desarrollados por la negociación colectiva o por el acuerdo entre empresa y trabajadores para facilitar la conciliación de la vida personal, familiar y laboral.

Así, el Estatuto de los Trabajadores alienta a promover “la utilización de la jornada continuada, el horario flexible u otros modos de organización del tiempo de trabajo y de los descansos que permitan la mayor compatibilidad entre el derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral de los trabajadores y la mejora de la productividad en las empresas”<sup>24</sup>.

A pesar del escaso recorrido independiente del precepto, que requiere de un desarrollo de la autonomía colectiva o individual, este abre dos interesantes caminos que hasta su aprobación parecían absolutamente impracticables.

Por una parte, la genérica referencia a motivos personales y familiares parece posibilitar que los derechos de conciliación se extiendan más allá de los parentescos habituales en el Estatuto de los Trabajadores<sup>25</sup>. Es decir, la adaptación, modificación o suspensión de la jornada también debería posibilitarse para atender las responsabilidades vinculadas a familiares de tercer grado o superior, por consanguinidad o afinidad, tradicionalmente excluidos de los derechos reconocidos por nuestra legislación.

Por otra parte, la redacción otorgada al artículo 34.8 Estatuto de los Trabajadores permite la modificación de la jornada sin una reducción simultánea de la misma<sup>26</sup>. Amplía, en consecuencia, la frontera marcada por el artículo 37 ET que requiere, como se ha señalado, que la concreción de la jornada vaya aparejada de una reducción de la misma<sup>27</sup>.

<sup>21</sup> A este respecto, *vid.* STSJ Cataluña de 17 de octubre de 2011 (R° 27/90/2011); STSJ Madrid de 2 de marzo de 2010 (R° 5855/2009); STSJ de Asturias de 18 de diciembre de 2009 (R° 2738/2009); STSJ Galicia 23 de julio de 2009 (R° 1229/2009); STSJ Cataluña de 13 de julio de 2009 (R° 36/2008); STSJ de Castilla la Mancha de 3 de diciembre de 2008 (R° 32/2008).

<sup>22</sup> BOE 23 de marzo de 2007, núm. 71.

<sup>23</sup> BOE 7 de julio de 2012, núm. 162.

<sup>24</sup> Art. 34.8 *in fine* ET.

<sup>25</sup> GARCÍA TESCAL, E. Y LÓPEZ BALAGUER, M.: *Los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar en la empresa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, p. 82.

<sup>26</sup> *Ibidem.* p. 80.

<sup>27</sup> Sentencias que han sostenido que no es posible una modificación de horario sin una reducción de jornada: STS de 13 y 18 de 2008 (R° 897/07 y 1625/07) y de 20 de mayo y 19 de octubre de 2009 (R° 2286/08 y 3910/09); STSJ de la Comunidad Valenciana de 10 de mayo de 2005 (R° 3226/2004). Por otra parte, la STSJ Madrid de 19 de noviembre de 2007 estimó que no era posible un cambio de turno sin una reducción de jornada.

En cualquier caso, tras más de once años desde que se incorporó por vez primera a nuestro ordenamiento, los éxitos o fracasos de este precepto necesariamente vienen marcados por su asunción por parte de la negociación colectiva. Al análisis de la recepción y desarrollo de él mismo por parte de la negociación colectiva dedicaremos el próximo apartado.

### III. LA ARTICULACIÓN DE LA NORMAS SOBRE ADAPTACIÓN DE JORNADA CONTENIDAS EN EL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES Y EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Dentro de nuestro ordenamiento es posible identificar una pluralidad de relaciones entre las normas jurídicas. La particularidad del Derecho del Trabajo, desde sus orígenes, no es, por tanto, la existencia de relaciones distintas respecto de otras áreas del ordenamiento jurídico, sino la frecuencia y variedad con que estas situaciones se presentan<sup>28</sup>.

En lo que a este trabajo interesa, parece que el legislador ha optado recurrentemente en materia de conciliación de la vida personal, familiar y laboral por apelar a relaciones de suplementariedad y complementariedad entre el Estatuto de los Trabajadores y los convenios colectivos para articular la adaptación y modificación de la jornada de trabajo.

Respecto del primer tipo de relación, puede que el ejemplo más notorio sea la regulación de los permisos y licencias retribuidos contenidos en el artículo 37.3 Estatuto de los Trabajadores. Estos permisos se conceden en atención a circunstancias que imposibilitan temporalmente el desarrollo de la actividad productiva del trabajador como, por ejemplo, enfermedades graves de familiares, traslados de domicilio o matrimonio del trabajador o trabajadora solicitante.

En cuanto a la relación de complementariedad, es habitual encontrar remisiones y llamadas a la negociación colectiva para canalizar la regulación de la conciliación. Por ejemplo, el artículo 37.7 ET señala que los convenios colectivos podrán fijar criterios para concretar el horario de la reducción de la jornada teniendo en cuenta los derechos de conciliación de los trabajadores y a las necesidades productivas u organizativas de las empresas. Por otra parte, el artículo 37.6 ET recoge también que, en los supuestos en los que el trabajador haya optado por una reducción de jornada por enfermedad grave de familiar, mediante la negociación colectiva o el acuerdo empresa-trabajador pueden disponer que el trabajador pueda acumular la reducción por jornadas completas, liberando, en consecuencia al trabajador de prestar sus servicios en dichas jornadas. Finalmente, recuérdese que el artículo 34.8 ET contempla que la negociación colectiva promoverá la utilización de la jornada continuada, el horario flexible u otros modos de organización del tiempo de trabajo y de los descansos que permitan la mayor compatibilidad entre el derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral de los trabajadores y la mejora de la productividad en las empresas.

Por tanto, es necesaria la concurrencia de la negociación colectiva en la regulación de los procesos de adaptación y reducción de la jornada. De hecho, el análisis de la ordenación acometida por los convenios colectivos resulta esencial en esta materia.

### IV. LA REGULACIÓN DE LA ADAPTACIÓN Y MODIFICACIÓN DE LA JORNADA POR LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

El mandamiento para participar en la regulación de la jornada de trabajo ha sido recogido de forma desigual por la negociación colectiva<sup>29</sup>. De nuevo, se encuentran mucho más desarrollados

<sup>28</sup> MARTIN VALVERDE, A.: "Concurrencia y articulación de normas laborales", *Revista de Política Social*, núm. 119, 1978, p. 8.

<sup>29</sup> En este estudio se han analizado los convenios colectivos publicados en el BOE en el último año, desde el 27 de julio de 2017 hasta el 28 de julio de 2018. Asimismo, también han sido objeto de estudio, con independencia de su fecha de publicación, los convenios de las organizaciones sindicales más importantes, Unión General de Trabajadores y Comisiones Obreras, y los convenios aplicables a las empresas pertenecientes al IBEX 35, como indicadores que pueden servir de pauta a otras unidades de negociación.

los instrumentos que regulan la adaptación de la jornada a instancia del empresario, que aquellos otros que posibilitan la modificación de la jornada por iniciativa del trabajador.

En cuanto a cómo ha tratado la negociación colectiva la flexibilidad de la jornada en beneficio de la actividad empresarial, el análisis de los convenios colectivos permite identificar seis grandes maneras de afrontar la aproximación<sup>30</sup>. En primer lugar, aquellos convenios de ámbito superior que dejan sin concretar los mecanismos de flexibilidad o que los concretan con carácter dispositivo, dejando, por tanto, la regulación en manos de los instrumentos de negociación de ámbito inferior. En segundo lugar, se encuentra aquellos convenios que facilitan al empleador facultades de especificación y de modificación de la jornada y el horario. En tercer lugar, existen convenios que permiten al empresario incrementar excepcionalmente la jornada, al margen de las horas extraordinarias y complementarias. En cuarto lugar, se encuentran los convenios que crean una bolsa de horas a disposición del empresario. En quinto lugar, existe un grupo de convenios que se limitan a fijar la cuantía de la jornada y a dejar en manos del empresario la concreción de la misma. En sexto lugar, finalmente, existen algunas cláusulas que permiten la reducción de jornada ante determinadas contingencias. Convirtiéndose en una especie de expediente de regulación de empleo anticipado.

Independientemente de la opción por la que se decanten los negociadores, lo cierto es que no es fácil encontrar algún convenio colectivo que no incluya ningún tipo de flexibilidad en beneficio de la autoridad empresarial. En este sentido, son habituales los convenios colectivos que permiten una distribución irregular de la jornada al amparo del artículo 34.2 ET<sup>31</sup>, aquellos otros que determinan que todos los días son laborales, dadas las particularidades del servicio y que la limitación a la jornada vendrá señalada por los descansos obligatorios<sup>32</sup>, o aquellos otros que obligan a los trabajadores a turno a no abandonar su puesto de trabajo hasta que sean sustituidos por su relevista<sup>33</sup>.

En cuanto al desarrollo de la regulación de la jornada para canalizar la conciliación de la vida personal, familiar y laboral en beneficio de los trabajadores, los acuerdos adoptados por la negociación colectiva pueden dividirse en dos grandes bloques. Por una parte, aquellos derechos reconocidos a los trabajadores sin menoscabo de sus retribuciones. Por otra parte, aquellos otros que flexibilizan la jornada, pero en los que el trabajador sí sufre una pérdida de salario.

Es muy habitual que los convenios colectivos hayan optado por facilitar la adaptación de la jornada de los trabajadores ampliando los permisos y licencias retribuidos reconocidos en el artículo 37.3 Estatuto de los Trabajadores. De hecho, la gran mayoría de los convenios colectivos han optado por mejorar cuantitativa y cualitativamente estos descansos<sup>34</sup>.

La mejora cualitativa supone un incremento del número de días previstos legalmente para los diferentes permisos<sup>35</sup>. Por su parte, la mejora cualitativa supone la creación de nuevos permisos o

<sup>30</sup> RODRÍGUEZ SANZ DE GALDEANO, B.: *Flexibilidad de la jornada laboral. Mecanismos legales, convencionales y contractuales para la modificación de la jornada*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, pp. 61-62.

<sup>31</sup> Art. 48 Convenio colectivo de Danone (BOE 28 de julio de 2018, núm. 182); Art. 35 Art. 37 VII Convenio colectivo de Iberdrola Grupo (BOE 9 de agosto de 2017, núm. 189) o Art. 34 Convenio colectivo de Sonae Arauco España-Soluciones de Madera, SL, para los centros de trabajo de Linares y Valladolid (BOE 28 de mayo de 2018, núm. 129); IV Convenio colectivo marco del Grupo Endesa (BOE 13 de febrero de 2014, núm. 38).

<sup>32</sup> Art. 16 Convenio colectivo de la empresa Mediaset España Comunicación (BOCM 23 de agosto de 2014, núm. 200), o Art. 26 Convenio colectivo del grupo de empresas de Acciona Energía (BOE 21 de octubre de 2014, núm. 255).

<sup>33</sup> Art. 29.2.2 VII Convenio colectivo de Repsol (BOE 17 de julio de 2018, núm. 172), o Art. 39 II Convenio colectivo de Alcor Seguridad (BOE 23 de marzo de 2018, núm. 72).

<sup>34</sup> VV.AA.: *Productividad y conciliación en la vida laboral y personal*, MERCADER UGUINA, J.R. Y PAREJO ALFONSO, L. (COORD.), MADRID, Ariel, 2008

<sup>35</sup> Así, por ejemplo, mientras que el Estatuto de los Trabajadores reconoce 2 días por el fallecimiento del cónyuge, la negociación colectiva ha incrementado esta licencia hasta 5 días, Art. 28 II Convenio colectivo de Acerinox Europa (BOP de Cádiz, 24 de diciembre de 2015, núm. 246) y Art. 29 Convenio colectivo del sector de la banca (BOE 15 de junio de 2016, núm. 144); 6 días por el art. 40 IV Convenio colectivo marco del Grupo Endesa (BOE 13 de febrero de 2014, núm. 38) o 7 mediante el Art. 70 del VII Convenio colectivo de Iberdrola Grupo (BOE 9 de agosto de 2017, núm. 189).

licencias retribuidas al margen de los existentes en el Estatuto de los Trabajadores. En este segundo sentido, es frecuente que los Convenios creen el denominado permiso de asuntos propios<sup>36</sup>; el permiso para acudir a consultas médicas, para el propio trabajador o familiares con los que conviva, hasta el segundo grado<sup>37</sup>; para acudir a tutorías y actividades educativas de los hijos<sup>38</sup>, por divorcio del trabajador o por matrimonio de hijos, padres o hermanos<sup>39</sup>, o, finalmente, en función de la antigüedad del trabajador en la empresa<sup>40</sup>.

En cuanto al mandato del artículo 34.8 Estatuto de los Trabajadores, lo cierto es que su recepción es restringida por parte de la negociación colectiva, pero suele desarrollarse a través de reducciones de jornada sin derecho a salario.

Al respecto, los propios sindicatos, en los convenios colectivos de aplicación a su propio personal, han sido muy moderados a la hora de desarrollar derechos eficaces y reales de titularidad individual a disposición de los trabajadores.

Los Convenios colectivos aplicables al personal de la Unión General de Trabajadores y de Comisiones Obreras se conforman con incorporar mejoras de los días de licencias y permisos retribuidos, aunque ni siquiera son los que mayor incrementos cualitativos y cuantitativos realizan. UGT hace una declaración programática de compromiso con la conciliación de la vida personal y familiar<sup>41</sup>, que queda vacía de contenido al no tener eficacia práctica. Por su parte, CCOO favorece una cierta flexibilidad horaria de sus trabajadores para que estos puedan organizar sus entradas y salidas, posibilitando librar una tarde a la semana a cambio<sup>42</sup>.

En cuanto al resto de empresas, ha sido minoritario también el desarrollo de fórmulas que permitan a los trabajadores adaptar o modificar su jornada para conciliar su vida laboral con su vida personal y familiar.

Es habitual que los Convenios se limiten a remitir o transcribir, de manera más o menos literal, los preceptos del Estatuto de los Trabajadores destinados a reconocer reducciones o adaptaciones de jornada<sup>43</sup>. Esta técnica en realidad tiene más de contenido programático que real, pues la

<sup>36</sup> Así, por ejemplo, Art. 41.1.g) Convenio colectivo de estaciones de servicio de la Comunitat Valenciana (DO Generalitat Valenciana 24 enero 2018, núm. 8219); o art. 35 Convenio colectivo del sector de la banca (BOE 15 de junio de 2016, núm. 144).

<sup>37</sup> Al respecto, Art. 12. g) Convenio Colectivo de industria siderometalúrgica de Gipuzkoa (BO. Gipuzkoa 27 enero 2011, núm. 17); Art. 23 Convenio colectivo de Air Liquide España, SA; Air Liquide Medicinal, SLU y Air Liquide Ibérica de Gases (BOE 30 de junio de 2018, núm. 158).

<sup>38</sup> El art. 21 Convenio colectivo de la empresa Mediasset España Comunicación (BOCM 23 de agosto de 2014, núm. 200), reconoce hasta 25 horas para atender reuniones escolares o médicos de familiares hasta el primer grado, por consanguinidad o afinidad. Por su parte el art. 26 del Acuerdo regulador de las condiciones de trabajo de Zara Logística otorga hasta 35 horas al año para la asistencia a tutorías escolares de los hijos menores de 15 años.

<sup>39</sup> El art. 27 Gas natural reconoce un día por divorcio. Art. 70 VII Convenio colectivo de Iberdrola Grupo (BOE 9 de agosto de 2017, núm. 189). Respecto del permiso por por matrimonio de padres, hijos o hermanos, reconocen un día de permiso por esta contingencia, entre otros, el Art. 23 Convenio colectivo de Ombuds Servicios, SL, Protección Castellana, SLU y UTE Thyssen (BOE 11 de julio de 2018, núm. 167); Art. 28 Convenio colectivo de ESC Servicios Generales (BOE 4 de abril de 2018, núm. 82); o Art. 25 Convenio colectivo de Aceites del Sur-Coosur (BOE 10 de octubre de 2017, núm. 244).

<sup>40</sup> Art. 42 Convenio colectivo, de ámbito estatal, de Mapfre Grupo Asegurador (BOE 21 de agosto de 2014, núm. 203).

<sup>41</sup> Art. 14 Convenio colectivo marco de la Unión General de Trabajadores (BOE 1 enero de 2016, núm. 1).

<sup>42</sup> Art. 13 Convenio colectivo del personal asalariado al servicio de la Comisión Ejecutiva Confederal de la Confederación Sindical de Comisiones Obreras (BOE 19 de enero de 2016, núm. 16).

<sup>43</sup> Recogen de forma, más o menos literal, las reducciones y derechos a adaptar la jornada previstos en el Estatuto de los trabajadores: Art. 73 y 92 Convenio colectivo general del sector de la construcción (BOE 26 de septiembre de 2017, núm. 232); Art. 37 Convenio colectivo de pilotos de Norwegian Air Resources Spain (BOE 28 de julio de 2018, núm. 182); IV Convenio colectivo de empresas de centros de jardinería (BOE 17 de julio de 2018, núm. 172); Art. 49 XVII Convenio colectivo de Petróleos del Norte, (Petronor) (BOE 17 de julio de 2018, núm. 172); Art. 38 Convenio colectivo nacional de centros de enseñanza privada de régimen general o enseñanza reglada sin ningún nivel concertado o subvencionado (BOE 11 de julio de 2018, núm. 167); Art. 29 IV Convenio colectivo estatal de instalaciones deportivas y gimnasios (BOE 11 de junio de 2018, núm. 141); Art. 24 Convenio colectivo de Cervezas San Miguel (BOE 2 de febrero de 2018, núm. 30); art. 30 Convenio colectivo de Outsourcing Servicios de Externalización (BOE 28 de mayo de 2018, núm. 129); Art. 21 IX Convenio colectivo de Supermercados Sabeco (BOE 13 de diciembre de 2017, núm. 302); Art. 29 Convenio Colectivo de Primark Tiendas (BOE 22 de agosto de 2017, núm. 201).. En cuanto a las

(...)

eficacia de los derechos recogidos deriva del propio Estatuto de los Trabajadores y no de su inclusión en los Convenios. No obstante, no puede dejar de reconocerse que, al menos, la trascripción de preceptos estatutarios sirve como exteriorización del compromiso de los agentes sociales con los derechos de conciliación.

Así, la reproducción podría ser leída como otra fórmula de enunciar un compromiso con los derechos de conciliación, similar a aquellos otros convenios que recogen los objetivos marcados por la Ley de Igualdad y los derechos de conciliación como objetivos a defender, pero sin dotar a estos de contenido eficaz real. Esta categoría se limita a recoger una serie de medidas que deberían ser impulsadas en el seno de la empresa, pero sin establecer un calendario para su implantación ni derechos individualizados oponibles frente al empresario. Así, por ejemplo, señalan que para favorecer la conciliación en la empresa debe tratarse de evitarse la realización de horas extraordinarias, que se impulsará la videoconferencia y el teletrabajo para evitar desplazamientos innecesarios, que las horas de formación se tratarán de planificar dentro del horario de trabajo, o que se tratará de hacer una gestión correcta de los recursos humanos para garantizar cargas de trabajo equilibradas<sup>44</sup>. No obstante, debe insistirse, estos objetivos no se acompañan de un plan para cumplir con los mismos.

Otro gran conjunto de convenios han recogido, al menos, un cierto derecho a la conciliación, arbitrando diferentes sistemas de horarios flexibles que posibilitan que los trabajadores puedan empezar o finalizar su jornada laboral diaria dentro de ciertos márgenes<sup>45</sup>. Esta medida, sin duda, favorece la conciliación, al facilitar que los trabajadores puedan atender responsabilidades familiares y personales al inicio o final de su jornada diaria, haciendo ambas compatibles.

No obstante, el horario flexible en ocasiones se hace depender de un acuerdo posterior o de la correcta organización del departamento al que esté adscrito el solicitante<sup>46</sup>. Esta técnica, aunque comprensible, debería corregirse pues en la práctica puede suponer la denegación casi automática del horario flexible a los trabajadores, ya que en la redacción parecen primar los intereses organizativos empresariales sobre los derechos de conciliación de los trabajadores. Más adecuada, por tanto, sería determinar que, salvo constatación explícita del perjuicio empresarial, el trabajador siempre tendrá derecho a hacer uso de la flexibilidad horaria.

Por otra parte, en otras ocasiones el horario flexible va acompañado de una jornada partida<sup>47</sup>. Ello colisiona con el mandato contenido en el artículo 34.8 ET, que reclama que se fomente el horario flexible y la jornada continua. Aunque es positivo que se incorporen horarios flexibles, su eficacia para favorecer la conciliación puede quedar mermada si se acompañan de jornadas partidas o de larga duración, que obligan a los trabajadores a permanecer largos periodos de tiempo en su puesto de trabajo. Es necesario y urgente, en consecuencia, que los agentes sociales realicen un

---

remisiones, pueden encontrarse ejemplos de las mismas en el artículo 25. Ter V Convenio colectivo de Sintax Logística (BOE de 26 de enero de 2018, núm. 23), que remite al artículo 34.8 ET; o en el Art. 35 Convenio colectivo de Enersur Siglo XXI, (BOE 9 de mayo de 2018, núm. 112), que se limita a señalar que “Se tendrá derecho a los beneficios recogidos en la Ley 39/1999 de 5 de noviembre de 1999, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras. En cuanto a la solicitud de turno y reducción de jornada, se estará a lo que en cada momento establezca la ley”.

<sup>44</sup> Art. 14 Convenio colectivo marco de la Unión General de Trabajadores (BOE 1 enero de 2016, núm. 1); Arts. 53 y 54 Convenio colectivo del sector de la banca (BOE 15 de junio de 2016, núm. 144); Art. 40 Convenio colectivo del grupo de empresas de Acciona Energía (BOE 21 de octubre de 2014, núm. 255); Art. 4 Plan de Igualdad incorporado al VI Acuerdo marco del Grupo Arcelor Mittal en España (BOE 24 de abril de 2017, núm. 97); Art. 21 Convenio colectivo estatal del sector de desinfección, desinsectación y desratización (BOE 10 de abril de 2018, núm. 87); Art. 74 Convenio colectivo de Worldwide Flight Service, Servicios Aeroportuarios de Carga (BOE 27 de marzo de 2018, núm. 75); o Arts. 27 y 30 Convenio colectivo de Radio Ecca, Fundación Canaria (BOE 28 de febrero de 2018, núm. 52).

<sup>45</sup> Art. 39 Convenio colectivo del Grupo Enagas (BOE 16 de mayo de 2016, núm. 118); Art. 84 Convenio colectivo de Alstom Transporte (BOE 18 de abril de 2018, núm. 94); Art. 14 Convenio colectivo de Ediservicios Madrid 2000 (BOE 27 de abril de 2018, núm. 102).

<sup>46</sup> Art. 26 Convenio colectivo del grupo de empresas de Acciona Energía (BOE 21 de octubre de 2014, núm. 255).

<sup>47</sup> Art. 9 Convenio colectivo de la empresa “Amadeus It Group (BOCM 20 enero de 2018, núm. 17); Art. 26 II Convenio colectivo de Acerinox Europa (BOP de Cádiz, 24 de diciembre de 2015, núm. 246); Art. 4.4 VII Convenio colectivo de la Compañía Levantina de Bebidas Gaseosas (BOE 29 de junio de 2018, núm. 157)

debate más profundo sobre la racionalización de los horarios laborales y trasladen sus conclusiones a los convenios colectivos.

Muy vinculado a lo anterior, algunos convenios han permitido que los trabajadores elijan el turno de trabajo. No obstante, es cierto que dicha elección queda muy condicionada, por ejemplo, a las necesidades del servicio y a una reducción de la jornada<sup>48</sup>. Asimismo, otros han optado por facilitar la adaptación real de la jornada autorizando que los trabajadores puedan elegir una jornada continua para favorecer la conciliación de su vida personal y familiar<sup>49</sup>.

Es habitual también encontrar en los convenios colectivos otros derechos vinculados con la adaptación y modificación de la jornada de trabajo para garantizar la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, que pueden responder al mandato genérico contenido en el artículo 34.8 ET.

La heterogeneidad de los derechos reconocidos abarca desde la previsión del simple cambio de turno entre compañeros, siempre que medie la autorización empresarial<sup>50</sup>; hasta el establecimiento de prioridades en la asignación de los periodos vacacionales<sup>51</sup>, o del turno de trabajo<sup>52</sup>, en función de criterios familiares; pasando por el reconocimiento de prioridades de permanencia en supuestos de movilidad geográfica<sup>53</sup>; usar la propia movilidad geográfica como un instrumento para favorecer la conciliación de la vida personal, familiar y laboral al acercar el centro de trabajo al lugar de residencia del trabajador<sup>54</sup>; o incorporar la posibilidad de que el trabajador realice toda o parte de su jornada a distancia<sup>55</sup>. El interés de estos derechos variará en función de la firmeza del mandato recogido.

Mención aparte merecen aquellos convenios que reconocen permisos o licencias o reducciones de jornada para favorecer la conciliación de la vida personal y familiar. Dentro de estos, a su vez, puede diferenciarse entre aquellos que reconocen permisos o reducciones retribuidos, de aquellos otros que otorgan a los trabajadores licencias o reducciones con minoración de retribuciones para atender obligaciones personales y familiares.

Entre los permisos pertenecientes al primer tipo, puede mencionarse la posibilidad de conceder hasta un mes de permiso retribuido para atender el cuidado de un familiar de hasta segundo grado en el caso de enfermedad muy grave<sup>56</sup>.

Meritoria es la reducción de jornada concedida por el convenio del Repsol para las trabajadoras embarazadas a partir de la semana 32 del embarazo, cuya jornada se limitará a 4 horas, sin que dicha reducción suponga ninguna reducción de los haberes percibidos por la trabajadora<sup>57</sup>.

Más habitual, no obstante, es la concesión de permisos no retribuidos. Así, algunos convenios contemplan la concesión de permisos solo ejercitables cada cierto número de años<sup>58</sup>, lo que pone

<sup>48</sup> Art. 43 XIV Convenio colectivo de Repsol Química (BOE 30 de junio de 2018, núm. 158).

<sup>49</sup> Art. 41 Convenio colectivo de Logistium Servicios Logísticos (BOE 18 de enero de 2018, núm. 16).

<sup>50</sup> Art. 27 Convenio colectivo del grupo de empresas de Acciona Energía (BOE 21 de octubre de 2014, núm. 255).

<sup>51</sup> El Art. 44 Convenio colectivo del Grupo Enagas (BOE 16 de mayo de 2016, núm. 118) señala que las vacaciones se repartirán teniendo en cuenta los hijos a cargo, la antigüedad en la empresa y la fecha de vacaciones del cónyuge. Por su parte, el Art. 20.4 Convenio colectivo de la empresa Mediaset España Comunicación (BOCM 23 de agosto de 2014, núm. 200) determina que el reparto de los turnos de vacaciones se realizará por acuerdo entre los trabajadores y, en su defecto, atendiendo a las responsabilidades familiares, a la antigüedad en la empresa, y a la antigüedad en el puesto).

<sup>52</sup> Convenio colectivo de Logisdoc Serveis Integrals (BOE 17 de julio de 2018, núm. 172).

<sup>53</sup> El Art. 67 Convenio colectivo para el sector de contratadas ferroviarias (BOE 6 de marzo de 2018, núm. 57) establece que las trabajadoras embarazadas, así como los padres y madres con hijos menores de 3 años tendrán preferencia en la permanencia en el centro de trabajo cuando existan traslados.

<sup>54</sup> Art. 12 Convenio Colectivo de Supercor (BOE 15 de mayo de 2018, núm. 118).

<sup>55</sup> Art. 13 Convenio colectivo del Grupo Axa (BOE 10 de octubre de 2017, núm. 244); Art. 44 IV Convenio colectivo marco del Grupo Endesa (BOE 13 de febrero de 2014, núm. 38); Art. 17 VII Convenio colectivo de Repsol (BOE 17 de julio de 2018, núm. 172).

<sup>56</sup> Art. 56 Convenio colectivo de la empresa Eltec It Services, SLU (BOE 10 de enero de 2018, núm. 9).

<sup>57</sup> Art. 14.2.1 Del Plan de Igualdad incorporado al VII Convenio colectivo de Repsol (BOE 17 de julio de 2018, núm. 172).

<sup>58</sup> El Art. 38 Convenio colectivo para las cajas y entidades financieras de ahorro (BOE 10 de abril de 2018, núm. 87) advierte que solo se podrán disfrutar una vez cada 4 años los siguientes permisos: de una semana por necesidades

(...)

en riesgo la conciliación real, pues las necesidades no pueden acotarse en el tiempo. Si realmente se quiere garantizar la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, lo razonable es proteger las diferentes contingencias que lo puedan requerir, sin limitar su reiteración.

Otros convenios reconocen licencias no retribuidas por causas tasadas<sup>59</sup> o, incluso, mediante una cláusula genérica que permite a la empresa interpretar en cada caso la pertinencia o no de otorgar una licencia no retribuida por motivos personales y familiares<sup>60</sup>. Otros limitan la concesión del permiso en función de las solicitudes presentadas por los trabajadores<sup>61</sup>.

Aunque sean minoritarias, obviamente, la concesión de permisos o reducciones retribuidas favorece en mayor medida la conciliación de la vida personal y familiar. Garantiza que los trabajadores puedan hacer uso de las mismas sin tener que optar entre atender sus responsabilidades personales y familiares o, en el peor de los escenarios, situarse en una posición de vulnerabilidad económica. No obstante, no puede dejar de reconocerse que quizás no deba ser el empleador el sujeto encargado de garantizar el sustento económico de los trabajadores en caso de tener que reducir su jornada de trabajo<sup>62</sup>, sino que este riesgo debería ser asegurado correctamente por el sistema de protección social de nuestro país<sup>63</sup>.

Más allá de los límites al contenido que los convenios establezcan respecto de los derechos de conciliación, es importante detener la atención en aquellas normas fruto de la autonomía colectiva que establecen mecanismos para garantizar la eficacia y control de estos derechos. A este respecto, es especialmente meritoria la negociación colectiva de la empresa Endesa que recoge un amplio catálogo de derechos sobre conciliación<sup>64</sup>.

Así, debe valorarse muy positivamente aquellos instrumentos más perfeccionados que efectivamente recogen el derecho de los trabajadores a adaptar o flexibilizar su jornada, estableciendo

familiares acreditadas (este una vez cada dos años); de hasta 6 meses, por hospitalización o cuidados paliativos de familiar de primer grado de una semana a 6 meses; de entre un mes y seis meses para terminar estudios superiores o doctorado; y, finalmente, de hasta 10 días por enfermedad grave de familiares hasta 1 grado. Por su parte el art. 35 Convenio colectivo del sector de la banca (BOE 15 de junio de 2016, núm. 144 otorga una licencia no retribuida de un mes por necesidades familiares acreditadas, solicitable solo cada dos años.

<sup>59</sup> Por ejemplo ante el supuesto de adopciones internacionales tramitadas por el trabajador o para atender al cónyuge o pareja de hecho, descendientes o parientes hasta el primer grado de afinidad o consanguinidad ante su hospitalización o enfermedad grave, art. 58 Convenio colectivo del Grupo Parcial Cepsa (BOE 28 de febrero de 2018, núm. 52).

<sup>60</sup> Art. 78 VII Convenio colectivo de Iberdrola Grupo (BOE 9 de agosto de 2017, núm. 189); Art. 54 Convenio colectivo de Danone (BOE 28 de julio de 2018, núm. 182).

<sup>61</sup> Art. 24 Convenio colectivo de Ombuds Servicios, SL, Protección Castellana, SLU y UTE Thyssen (BOE 11 de julio de 2018, núm. 167), reconoce a los trabajadores un permiso no será superior a treinta días naturales. Este permiso no podrá concederse a más del cinco por ciento de la plantilla del lugar de trabajo donde presta servicios el trabajador. Art. 47 Convenio colectivo nacional de centros de enseñanza privada de régimen general o enseñanza reglada sin ningún nivel concertado o subvencionado (BOE 11 de julio de 2018, núm. 167), establece que “todo el personal podrá solicitar hasta quince días de permiso sin sueldo por año[...]. De efectuarse la solicitud encontrándose otro trabajador de este permiso, el titular del centro atendiendo a las necesidades del mismo, decidirá, tras escuchar a los representantes legales de los trabajadores”.

<sup>62</sup> Merece ser destacado que algunos convenios colectivos han fijado una minoración del salario proporcional solo del 75 % respecto de la reducción de la jornada por cuidado de menores afectados por cáncer y otra enfermedad grave. Por tanto, el trabajador continuará percibiendo el 25 % de sus retribuciones por las horas que no preste, *vid.* Art. 10 Convenio colectivo de Thyssenkrupp Elevadores (BOE 6 de marzo de 2018, núm. 57).

<sup>63</sup> Así sucede, por ejemplo, con la prestación por cuidado de menores afectados por cáncer y otra enfermedad grave, artículos 190 y ss del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

<sup>64</sup> Así, el IV Convenio colectivo marco del Grupo Endesa (BOE 13 de febrero de 2014, núm. 38) recoge, entre otros derechos, una mejora sustancialmente los permisos previstos por el artículo 37 ET (Art. 40); permisos no retribuidos más allá de los previstos en el Estatuto de los Trabajadores -como, por ejemplo, permiso por adopciones internacionales, 4 días asuntos propios, 15 días hospitalización o enfermedad grave cónyuge, o dos meses enfermedad grave que requiera hospitalización de hijos- (Art. 41); los desplazamientos con pernocta superior a 15 días requiere el consentimiento del trabajador cuando tenga hijos menores de 10 años, cuidado de familiares hasta segundo grado que no puedan valerse por sí mismos (Art. 42); la incorporación del teletrabajo (Art. 44); un incremento de una semana del permiso de maternidad (Art. 46); o los derechos de la trabajadora embarazada a no ser trasladada durante el embarazo (Art. 48).

un cauce reglado para determinar cuándo estos tienen derecho a la flexibilidad solicitada<sup>65</sup>, o, incluso, establecen que, en caso de denegación de la solicitud por parte de la dirección empresarial, esta será analizada por la Comisión de Igualdad<sup>66</sup>. Esta segunda instancia revisora otorga un mayor control por parte de los representantes de los trabajadores y garantiza que las denegaciones empresariales no puedan ser arbitrarias.

Otros convenios se limitan a requerir a la empresa que explicita la causa por la que deniega la flexibilidad horaria solicitada por el trabajador para atender la conciliación de sus responsabilidades personales y familiares<sup>67</sup>. Es cierto que esta obligación tiene menor recorrido que someter las decisiones empresariales a una suerte de segunda instancia revisora por parte de la comisión de igualdad, pero bien es cierto que al menos logra que la empresa deba argumentar su negativa, exigencia que no viene impuesta por el texto legal.

En conclusión, aunque cada vez más los agentes sociales incorporan a los convenios colectivos referencias a la conciliación de la vida personal y familiar, aún son minoritarios aquellos que han otorgado un contenido real al mandato contenido en el artículo 34.8 ET. Son aún más minoritarios aquellos convenios que han incorporado mecanismos eficaces de control de los derechos de conciliación. Por el contrario, es absolutamente mayoritaria la presencia de normas que regulan, permiten o amparan la flexibilidad de la jornada en beneficio de la actividad empresarial. Como si la libertad de empresa fuera un valor superior al mandato de conciliar la vida personal, familiar y laboral.

## V. EL SILENCIO DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA ANTE EL MANDATO DEL ARTÍCULO 34.8 ET

Ha quedado claro que, aunque cada vez existen más ejemplos, aún hoy son minoritarios aquellos instrumentos colectivos que han desarrollado el mandato del artículo 34.8 ET, posibilitando una correcta conciliación de la vida personal, familiar y laboral. Por tanto, debe cuestionarse si ese silencio significa, entonces, que la ausencia de una regulación impide el derecho a la adaptación o modificación de la jornada de trabajo sin una reducción simultánea de la misma.

Ante el silencio de la negociación colectiva y ante la ausencia de acuerdo entre empresario y trabajador, no es posible que el solicitante resuelva de manera unilateral sobre su petición<sup>68</sup>. Así lo han entendido de forma mayoritaria los tribunales y la doctrina.

<sup>65</sup> Art. 41 II Convenio colectivo estatal del comercio minorista de droguerías, herboristerías y perfumerías (BOE 12 de agosto de 2017, núm. 192) establece que la petición del cambio de horario requiere de una resolución motivada de la empresa. Si en el centro de trabajo no hubiese ninguna otra reducción de jornada por guarda legal en el mismo turno de trabajo del horario solicitado se concederá la petición. En el caso contrario, la contestación de la empresa no podrá basarse en una mera razón formal y deberá justificar el problema que se origina en función de los horarios de apertura y/o de los/as trabajadores/as en el centro así como la carga de la venta por franjas horarias. Lamentablemente, otros instrumentos se limitan a señalar que los trabajadores deberán dirigir por escrito a la dirección sus peticiones para adaptar la distribución de su jornada de trabajo, para así hacer efectivo su derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, art. 28 IV Convenio colectivo de Air Europa Líneas Aéreas, SAU, y su personal de tierra (excepto técnicos de mantenimiento aeronáutico) (BOE 7 de octubre de 2017, núm. 242).

<sup>66</sup> Art. 39 IV Convenio colectivo marco del Grupo Endesa (BOE 13 de febrero de 2014, núm. 38), La comisión de igualdad de Endesa deberá analizar las peticiones de horario flexible o de cambio de horario cuando la empresa no acceda a la petición del solicitante. Art. 56 Convenio colectivo de la empresa Eltec It Services, SLU (BOE 10 de enero de 2018, núm. 9). El artículo 6 Convenio colectivo de Thales España GRP (BOE 6 de julio de 2018, núm. 163) directamente señala que la Comisión de Conciliación/Igualdad/Asuntos Sociales estudiará las peticiones de horarios de los trabajadores que se separen del horario ordinario acordado con los representantes de los trabajadores.

<sup>67</sup> Art. 33 Convenio colectivo de Verallia Spain, SA, fábricas (BOE 9 de agosto de 2017, núm. 189). Art. 39 Convenio colectivo del sector de grandes almacenes (BOE 7 de octubre de 2017, núm. 242), señala que el trabajador podrá concretar su horario, fruto de una reducción de jornada por conciliación, al margen de su jornada habitual. En estos supuestos, la empresa analizará la posibilidad de conceder la petición. De no ser posible en este caso la concesión en los términos solicitados, se expresará la causa organizativa o productiva que no lo permite y se ofrecerán las alternativas que resulten viables en la empresa.

<sup>68</sup> Por todas, *vid.* STS de 13 y 18 de junio de 2008 (R<sup>o</sup> 897/2007 y 1625/2007 respectivamente).



Los Tribunales suelen determinar que no se puede invocar el derecho a la adaptación sin reducción de jornada por motivos de conciliación de la vida laboral y familiar si el convenio colectivo no regula tal derecho. Parece que la interpretación mayoritaria entre los tribunales sostiene que el Estatuto de los trabajadores no reconoce a los trabajadores un derecho tangible y exigible automáticamente<sup>69</sup>.

No obstante, existen algunos pronunciamientos minoritarios que sí han reconocido que la simple inexistencia de acuerdo colectivo o individual que contemple medidas que permitan adaptar la jornada y el horario de trabajo para conciliar la vida laboral y la familiar, no constituye causa suficiente para denegar el derecho pretendido por el trabajador, sino que habrá que tomar en consideración en el particularismo de cada caso las singulares circunstancias concurrentes, valorando la dimensión constitucional, ex art. 14 y 39 CE, de las medidas solicitadas y realizar la correspondiente ponderación del derecho fundamental que está en juego<sup>70</sup>.

La doctrina también ha entendido que era factible que los tribunales hubieran optado por esta segunda argumentación. Sosteniendo que los tribunales deberían defender que el empresario, cuando el convenio colectivo no establezca nada, no puede escudarse en esa omisión, sino que deberían justificar los motivos organizativos o productivos que impiden estimar la solicitud del trabajador<sup>71</sup>.

## VI. A MODO DE CONCLUSIÓN

Aunque cada vez más los agentes sociales incorporan a los convenios colectivos referencias a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, aún son minoritarios aquellos que han desarrollado el mandato establecido por el artículo 34.8 ET. Todavía son menos aquellos que han optado por fijar un alto estándar de protección a este bien jurídico –incorporando derechos relevantes que faciliten la conciliación o acordando instrumentos que garanticen su eficacia–. No obstante, aquellos convenios o acuerdos que sí han cumplido con la orden de este precepto muestran el camino que debería recorrer la negociación colectiva en el futuro más próximo.

En cualquier caso, la correcta articulación de un sistema que tutele adecuadamente la conciliación de la vida personal, familiar y laboral exige del concurso y compromiso de trabajadores, empresarios y Administraciones públicas.

<sup>69</sup> A este respecto, debe señalarse que la Sentencia Tribunal Constitucional 3/2007, de 15 de enero, exigió que los tribunales debían atender a la dimensión constitucional de la medida contemplada en los apartados 5 y 6 del art. 37 ET -es decir, reducciones de jornada con adaptación de horario-. Doctrina que fue seguida por la STS de 20 de julio de 2000, (R<sup>o</sup> 3799/1999). No obstante, el Tribunal Supremo ha diferenciado la ponderación que debía realizarse respecto de las alteraciones del horario al amparo del artículo 37.5 y 6 ET de aquellas otras ejecutadas bajo el artículo 34.8 ET, *vid.* STS de 13 y 18 de junio de 2008 (R<sup>o</sup> 897/2007 y 1625/2007); ATS 8 mayo 2010 (R<sup>o</sup> 4009/2009), y STS de 20 de octubre de 2010 (R<sup>o</sup> 3501/2009). Finalmente, en 2011, el Tribunal Constitucional enjuició dos supuestos en los que no se había solicitado una reducción de jornada, pero sí una modificación del horario. En la primera sentencia, la STC 24/2011, la trabajadora recurrió la decisión de la empresa de no acceder a su solicitud de adscripción permanente al turno de mañana. En el segundo pronunciamiento, la STC 26/2011, era un trabajador el que requirió su adscripción permanente al turno de noche, petición que fue denegada por su empleador. En ambos casos, las decisiones empresariales se confirmaron en instancia y en duplicación. Pues bien, el TC desestimó el primero de los recursos y estimó el segundo. En consecuencia, parece que será correcta la denegación de adaptación y modificación de la distribución de la jornada sin reducción simultánea cuando se hayan ponderando los intereses en juego y su dimensión constitucional, siempre y cuando no exista pacto colectivo o individual al respecto. Por esto el TC desestimó el primer recurso (pues se había realizado la ponderación correspondiente) y estimó el segundo (en el que no se efectuó esa valoración). En conexión con las anteriores, *vid.* STSJ Cataluña de 17 de octubre de 2011 (R<sup>o</sup> 27/90/2011); STSJ Madrid de 2 de marzo de 2010 (R<sup>o</sup> 5855/2009); STSJ de Asturias de 18 de diciembre de 2009 (R<sup>o</sup> 2738/2009); STSJ Galicia 23 de julio de 2009 (R<sup>o</sup> 1229/2009); STSJ Cataluña de 13 de julio de 2009 (R<sup>o</sup> 36/2008); STSJ de Castilla la Mancha de 3 de diciembre de 2008 (R<sup>o</sup> 32/2008).

<sup>70</sup> Así, *vid.* STSJ Canarias de 18 de marzo de 2013 (R<sup>o</sup> 244/2011); STSJ de Asturias de 18 de diciembre de 2009 (R<sup>o</sup> 2738/09); STSJ Galicia de 20 de mayo de 2010 (R<sup>o</sup> 4392/09). STSJ Galicia, de 9 octubre de 2012 (R<sup>o</sup> 3057/2009); STSJ Galicia de 28 mayo de 2012 (R<sup>o</sup> 4545/2008).

<sup>71</sup> GARCÍA TESCAL, E. Y LÓPEZ BALAGUER, M.: *Los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar en la empresa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, p. 89.

Por una parte, quizás la negociación colectiva debería ser más ambiciosa e incorporar la obligación empresarial de justificar y acreditar su negativa a admitir la petición de modificación de la jornada, siguiendo la senda mostrada por algunos pronunciamientos judiciales. La ausencia, por tanto, de una causa justificada para la denegación debería suponer automáticamente la concesión de la medida conciliadora propuesta por el trabajador solicitante.

Por la otra, la Administración debería garantizar que la conciliación de la vida personal, familiar y laboral no acarrea excesivos costes extraordinarios a los empleadores. Asimismo, también debería responsabilizarse de que los trabajadores estén protegidos por prestaciones sociales dignas y suficientes para poder afrontar la reducción o modificación de su jornada sin riesgos ni incertidumbres.

# CAPÍTULO XVII. EL DERECHO A LA PENSIÓN DE VIUDEDAD DE LAS VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO EN SUPUESTOS DE SEPARACIÓN O DIVORCIO

JOSUNE LÓPEZ RODRÍGUEZ

*Profesora Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de Deusto*

*«Las discriminaciones son o fruto de la razón, y entonces debemos aceptarlas porque son justas [...], o fruto de la fuerza. La discriminación de la mujer era fruto de la fuerza. Y lo sigue siendo».*

José Antonio Marina y María de la Válgoma.<sup>1</sup>

## I. INTRODUCCIÓN

La violencia de género no es un fenómeno nuevo. Muy probablemente, esta lacra, que ha permanecido oculta y silenciada durante siglos, ha existido a lo largo de toda la Historia.

Si bien es cierto que la violencia de género no es una forma nueva de violencia, sí se trata, en cambio, de una problemática de reciente preocupación. No cabe duda de que la violencia de género constituye un problema estructural que atenta contra los derechos humanos más elementales y que, por ello, resulta indispensable la adopción e implementación de medidas eficaces tanto para prevenirla y combatirla como para proteger y empoderar a las víctimas.

En este contexto, la creciente –aunque todavía insuficiente– concienciación social sobre el alcance de la violencia de género ha llevado al legislador a adaptar el contenido de determinadas disposiciones legales con el fin de considerar y contemplar explícitamente la situación de las víctimas de esta forma de violencia. Un ejemplo de esta tendencia puede encontrarse, ciertamente, en la regulación actual de las prestaciones por muerte y supervivencia y, más concretamente, en la regulación de la pensión de viudedad.

En general, la pensión de viudedad es una institución jurídico-social que, desde su inclusión en el ordenamiento jurídico español, ha sido objeto de continuas reformas orientadas a adaptarla a las nuevas realidades sociales. En el marco del acceso a la pensión de viudedad en los supuestos de separación o divorcio, una de las modificaciones realizadas en los últimos años ha establecido –siquiera tardíamente– unas reglas específicas dirigidas a las víctimas de violencia de género.

A partir de estas premisas, en los siguientes apartados se pretende llevar a cabo un análisis crítico de la regulación actual concerniente al acceso a la pensión de viudedad de las víctimas de violencia de género separadas judicialmente o divorciadas. Así, el propósito último de este trabajo consiste en verificar si la regulación vigente en materia de las pensiones de viudedad resulta óptima en aras de otorgar una protección eficaz a las víctimas de violencia de género separadas o divorciadas.

A tal fin, primero, se realizará un breve acercamiento al significado de la violencia de género. A continuación, se abordarán los principales rasgos de la pensión de viudedad, prestándose

---

<sup>1</sup> JOSÉ ANTONIO MARINA y MARÍA DE LA VÁLGOMA, *La lucha por la dignidad*. Barcelona: Editorial Anagrama, 2008, p. 146.

especial atención a los requisitos necesarios para acceder a la misma en los supuestos de separación o divorcio. Sobre esta base, se analizará detalladamente el alcance del derecho a la pensión de viudedad de las víctimas de violencia de género separadas o divorciadas. Y, por último, se enumerarán las principales conclusiones del trabajo.

## II. APROXIMACIÓN CONCEPTUAL A LA VIOLENCIA DE GÉNERO

En la actualidad, no existe un concepto único que defina la violencia de género. Al contrario, son numerosas las definiciones que se han elaborado en las últimas décadas para dotar de contenido a esta expresión<sup>2</sup>.

En el ámbito jurídico internacional, la Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas mediante su Resolución 48/104 de 20 de diciembre de 1993, define la violencia contra la mujer como «todo acto de violencia basado en la pertenencia al sexo femenino que tenga o pueda tener como resultado un daño o sufrimiento físico, sexual o psicológico para la mujer, así como las amenazas de tales actos, la coacción o la privación arbitraria de la libertad, tanto si se producen en la vida pública como en la vida privada» (cfr. artículo 1). Se trata, en esencia, «de agresiones contra las mujeres que se fundamentan en la discriminación sexista y que producen o favorecen la producción de lesiones físicas, sexuales o psicológicas a la víctima»<sup>3</sup>. Así, este instrumento internacional concibe la violencia de género de manera amplia, esto es, no la limita al contexto de la familia y admite que puede producirse en cualquier ámbito.

En el ordenamiento jurídico español, la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género<sup>4</sup>, que aborda la violencia de género desde una perspectiva multidisciplinar e integral, tiene por objeto actuar contra «la violencia que, como manifestación de la discriminación, la situación y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres, se ejerce sobre éstas por parte de quienes sean o hayan sido sus cónyuges o de quienes estén o hayan estado ligados a ellas por relaciones similares de afectividad, aun sin convivencia» (cfr. artículo 1.1)<sup>5</sup>.

Más concretamente, la violencia de género a la que se refiere la citada Ley comprende «todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, a las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad» (cfr. artículo 1.3). En otras palabras, la violencia de género se concibe, a los efectos de este texto legal, «como una agresión que se ejerce contra la mujer y no en sentido inverso, en el contexto de las relaciones de pareja y fundamentada en una situación de discriminación basada en el género»<sup>6</sup>. Al hilo de este último apunte, conviene puntualizar que la violencia de género se fundamenta, como su propio nombre indica, en el género y no en el sexo (*infra*, IV, 2, A). En este sentido, «la mujer no sufre violencia por las características físicas de su sexo, sino por los estereotipos sociales y culturales asociados a su sexo [...] esto es por el género»<sup>7</sup>.

A diferencia del alcance de la normativa internacional, el ámbito de aplicación de esta Ley Orgánica es reducido en tanto sólo abarca la violencia de género que se produce en el contexto de la relación de pareja o expareja, de tal forma que no incluye las situaciones de violencia de género

<sup>2</sup> CERVILLA GARZÓN, M.J.: *El derecho a la pensión de viudedad en el contexto de la violencia de género*, Albacete, Bomarzo, 2017, p. 12.

<sup>3</sup> DA COSTA NEWTON, P.C.: *Empleo y sexismo. Medidas de protección e inserción sociolaboral de las mujeres víctimas de violencia de género en el seno de la pareja*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, p. 33.

<sup>4</sup> BOE de 29 de diciembre de 2004, núm. 313.

<sup>5</sup> MONEREO PÉREZ, J.L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G.: «Género y Seguridad Social (I). La Seguridad Social ante las nuevas víctimas de violencia de género». En *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*, 2017, núm. 11, p. 14.

<sup>6</sup> CERVILLA GARZÓN, M.J.: *El derecho a la pensión de viudedad...*, *ob. cit.*, p. 14.

<sup>7</sup> LOUSADA AROCHENA, J.F.: «El derecho fundamental a vivir sin violencia de género». En *Anales de la Cátedra de Francisco Suárez*, 2014, núm. 48, p. 33.

en la vida social y en el entorno laboral<sup>8</sup>. Es, precisamente, el ámbito de la violencia de género en la pareja y expareja en el que se enmarca el derecho a la pensión de viudedad de las víctimas de violencia de género separadas o divorciadas. A este respecto, resulta oportuno señalar que «la violencia producida en el seno familiar constituye la expresión más característica de la violencia de género, porque sin duda es el espacio más privado donde el dominio se ejerce con mayor intensidad»<sup>9</sup>.

En síntesis, la violencia de género se presenta como una grave violación de derechos humanos que atenta, principalmente, contra el valor universal de la dignidad humana y que favorece la exclusión social<sup>10</sup>.

### III. LA PENSIÓN DE VIUEDAD: EN ESPECIAL, LOS REQUISITOS PARA ACCEDER A LA PENSIÓN EN LOS SUPUESTOS DE SEPARACIÓN O DIVORCIO

A grandes rasgos, la pensión de viudedad se encuadra dentro de las denominadas «prestaciones por muerte y supervivencia», reguladas en el Título XIV del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (en adelante, TRLGSS)<sup>11</sup>, que tienen por objeto «dar cobertura a las distintas situaciones de necesidad o contingencias que afectan directamente a los familiares ante la muerte del sujeto causante»<sup>12</sup>, situaciones de necesidad que pueden ser reales o presuntas.

Así, en términos generales, la pensión de viudedad se concibe como una «renta devengada en favor de los cónyuges por la ayuda mutua y la aportación al interés de la familia»<sup>13</sup>. Más concretamente, la pensión de viudedad se define como «una prestación pública de Seguridad Social que persigue compensar el “desequilibrio económico” que padece una persona tras el fallecimiento de su cónyuge –sujeto causante–»<sup>14</sup> o, dicho de otro modo, como una pensión «que se reconoce al cónyuge superviviente ante el fallecimiento de su cónyuge, con la finalidad de protegerlo por la situación de necesidad derivada de dicha muerte, situación de necesidad que se presume *iure et de iure*, sin necesidad de demostrar la efectiva dependencia económica con el cónyuge fallecido ni la falta de recursos económicos»<sup>15</sup>. En este sentido, cabe destacar que la pensión de viudedad no está condicionada a la existencia de una situación real de necesidad o de dependencia económica del cónyuge superviviente<sup>16</sup>.

En concreto, la regulación de la pensión de viudedad contemplada actualmente en el TRLGSS distingue tres sujetos beneficiarios, a saber: el cónyuge superviviente (artículo 219); quien haya sido cónyuge legítimo en supuestos de separación, divorcio o nulidad matrimonial (artículo 220); y

<sup>8</sup> DA COSTA NEWTON, P.C.: *Empleo y sexismo...*, *ob. cit.*, p. 45; GARCÍA ROMERO, B.: “La violencia de género desde la perspectiva del Derecho del Trabajo”. En *Aranzadi Social, Revista Doctrinal*, 2012, vol. 4, núm. 11, p. 119; LOUSADA AROCHENA, J.F.: “El derecho fundamental a vivir sin violencia...”, *ob. cit.*, p. 41; ROMERO RÓDENAS, M.J.: *Planes de igualdad*, Albacete, CI Bomarzo, 2017, p. 72; y VILLACAMPA ESTIARTE, C.: *Política criminal española en materia de violencia de género. Valoración crítica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, p. 38.

<sup>9</sup> CABEZA PEREIRO, J.: “El concepto y rasgos de la violencia de género. Particularidades desde el Derecho del Trabajo”. En MELLA MÉNDEZ, L. (Dir.). *Violencia de género y Derecho del trabajo. Estudios actuales sobre puntos críticos*, Madrid, La Ley, 2012, p. 90.

<sup>10</sup> *Ibidem*, p. 91 y USHAKOVA, T.: “La violencia de género desde la perspectiva del Derecho internacional”. En MELLA MÉNDEZ, L. (Dir.). *Violencia de género y Derecho del trabajo. Estudios actuales sobre puntos críticos*, Madrid, La Ley, 2012, p. 62.

<sup>11</sup> BOE de 31 de octubre de 2015, núm. 261.

<sup>12</sup> DE LA FLOR FERNÁNDEZ, M.L.: *Régimen jurídico de la pensión de viudedad*, Sevilla, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales y Mergabum, 2002, p. 49.

<sup>13</sup> STS de 26 de mayo de 2004, núm. rec. 3103/2003, Fundamento Jurídico Cuarto.

<sup>14</sup> TALÉNS VISCONTI, E.E.: “La pensión compensatoria como requisito de acceso a la pensión de viudedad”. En *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, 2016, núm. 5 bis, p. 226.

<sup>15</sup> ALLUEVA AZNAR, L. y GINÉS I FABRELLAS, A.: “La dependencia económica como requisito de acceso a la pensión de viudedad en supuestos de separación o divorcio”. En *InDret, Revista para el análisis del Derecho*, 2015, núm. 1, p. 6.

<sup>16</sup> KAHALE CARRILLO, D.T.: “La reforma de la pensión de viudedad”. En AAVV. *La Reforma de las Pensiones en la Ley 27/2011. VIII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, Murcia, Laborum, 2011, p. 552.

quien se encontrase unido al causante en el momento del fallecimiento formando una pareja de hecho (artículo 221)<sup>17</sup>.

A los efectos del presente estudio, debe prestarse atención a los requisitos legales establecidos para acceder a la pensión de viudedad en los supuestos de separación judicial o divorcio entre el sujeto causante y el cónyuge superviviente. Y, más concretamente, debe examinarse el alcance del derecho a la pensión de viudedad de la víctima de violencia de género separada judicialmente o divorciada.

En principio, la crisis del vínculo matrimonial entre el sujeto causante y el cónyuge superviviente no impide a este último acceder a la pensión de viudedad. De esta forma, la pensión de viudedad también se reconocerá al ex cónyuge, esto es, a la persona divorciada o separada judicialmente del causante<sup>18</sup>. Ahora bien, para reconocer el derecho a la pensión en los casos de separación y divorcio, el artículo 220.1 del TRLGSS exige la concurrencia de tres requisitos.

Pues bien, en primer lugar, se precisa que deben cumplirse los requerimientos en cada caso exigidos en el artículo 219 del TRLGSS, a saber, las condiciones de alta o situación asimilada y carencia del causante. Así, se exige que el sujeto causante se encontrase en alta o en situación asimilada a la de alta en la fecha de su fallecimiento y que hubiera completado un período de cotización de quinientos días, dentro de los cinco años inmediatamente anteriores a la fecha del hecho causante de la pensión. Y en los supuestos en que ésta se cause desde una situación de alta o de asimilada a la de alta sin obligación de cotizar, se dispone que el período de cotización de quinientos días deberá estar comprendido dentro de los cinco años inmediatamente anteriores a la fecha en que cesó la obligación de cotizar. En cualquier caso, se señala que no se exigirá ningún período previo de cotización cuando la causa de la muerte fuera un accidente, sea o no de trabajo, o una enfermedad profesional. Igualmente, se determina que el cónyuge superviviente también tendrá derecho a la pensión de viudedad aunque el causante, a la fecha de fallecimiento, no se encontrase en alta o en situación asimilada a la de alta, siempre que el mismo hubiera completado un período mínimo de cotización de quince años. Y, en relación con los supuestos excepcionales en que el fallecimiento del causante derivara de enfermedad común, no sobrevenida tras el vínculo conyugal, se requiere, además, que el matrimonio se hubiera celebrado con un año de antelación como mínimo a la fecha del fallecimiento o, alternativamente, la existencia de hijos comunes. Sin embargo, no se exige dicha duración del vínculo matrimonial cuando en la fecha de celebración del mismo se acreditara un período de convivencia con el causante, en los términos establecidos en el artículo 221.2, del TRLGSS que, sumado al de duración del matrimonio, hubiera superado los dos años.

En segundo lugar, se dispone que el derecho a la pensión de viudedad corresponde a quien sea o haya sido cónyuge legítimo, «sin que se exija además prueba de la convivencia habitual con éste»<sup>19</sup>. Debe matizarse que, en el segundo de los casos mencionados, el reconocimiento del derecho a la pensión queda condicionado a que el ex cónyuge no hubiera contraído nuevas nupcias o hubiera constituido una pareja de hecho en los términos fijados legalmente, ello «sin perjuicio de poder mantener cualquier tipo de relación afectiva que no llegue a concretarse en algunas de las referidas acciones»<sup>20</sup>.

Y, en tercer lugar, se requiere que las personas divorciadas o separadas judicialmente sean acreedoras de la pensión compensatoria a que se refiere el artículo 97 del Código Civil<sup>21</sup> y que esta

<sup>17</sup> Vid. MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C. y QUESADA SEGURA, R.: *Manual de Seguridad Social*, Madrid, Tecnos, 2016, Decimosegunda Edición, p. 386.

<sup>18</sup> TALÉNS VISCONTI, E.E.: «La pensión compensatoria como requisito...», *ob. cit.*, p. 226.

<sup>19</sup> CABEZA PEREIRO, J.: *La pensión de viudedad*, Madrid, Boletín Oficial del Estado, 2004, p. 20.

<sup>20</sup> TALÉNS VISCONTI, E.E.: «La pensión compensatoria como requisito...», *ob. cit.*, p. 228.

<sup>21</sup> El artículo 97 del Código Civil dispone que «el cónyuge al que la separación o el divorcio produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tendrá derecho a una compensación que podrá consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido, o en una prestación única, según se determine en el convenio regulador o en la sentencia. A falta de acuerdo de los cónyuges, el Juez, en sentencia, determinará su importe teniendo en cuenta las siguientes circunstancias: 1. <sup>a</sup> Los

(...)

pensión quede extinguida con el fallecimiento del causante<sup>22</sup>. Es decir, el acceso a la pensión de viudedad se vincula con la existencia de un derecho de crédito civil, no bastando, a estos efectos, con que el ex cónyuge hubiese sido beneficiario de una pensión compensatoria en algún momento tras la separación o el divorcio, sino que la misma debe mantenerse en el tiempo hasta la muerte del causante y, además, debe extinguirse con el óbito<sup>23</sup>. Añade el artículo 220.1 que en el caso de que la cuantía de la pensión de viudedad fuera superior a la pensión compensatoria, la cuantía de la pensión de viudedad se reducirá hasta alcanzar la cuantía de la pensión compensatoria.

Al hilo de esta cuestión, conviene tener en consideración que el precepto alude exclusivamente a la pensión compensatoria, omitiendo referencia alguna a cualquier otro tipo de ayudas o prestaciones<sup>24</sup>. Con respecto a esta laguna jurídica, en una primera etapa, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo vino secundando una interpretación literal del precepto, en virtud de la cual solamente amparaba el acceso a la pensión de viudedad en los supuestos de separación o divorcio si el cónyuge superviviente era acreedor de una pensión compensatoria al fallecer el causante y ésta se extinguía con el fallecimiento<sup>25</sup>. Sin embargo, recientemente, el Tribunal Supremo ha modificado su postura al determinar que cabe reconocer el acceso a la pensión de viudedad «cualquiera que sea la denominación dada por las partes a la renta post matrimonial»<sup>26</sup>, cuando el objeto de la misma reside en compensar las dificultades económicas que produce la crisis matrimonial<sup>27</sup>. En efecto, considera la doctrina jurisprudencial que, en numerosos casos, «los conceptos de las prestaciones económicas que se satisfacen como consecuencia de la disolución del vínculo matrimonial mediante decisión judicial generan confusión al identificarlos»<sup>28</sup>, por lo

---

acuerdos a que hubieran llegado los cónyuges. 2.ª La edad y el estado de salud. 3.ª La cualificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo. 4.ª La dedicación pasada y futura a la familia. 5.ª La colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge. 6.ª La duración del matrimonio y de la convivencia conyugal. 7.ª La pérdida eventual de un derecho de pensión. 8.ª El caudal y los medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge. 9.ª Cualquier otra circunstancia relevante. En la resolución judicial o en el convenio regulador formalizado ante el Secretario judicial o el Notario se fijarán la periodicidad, la forma de pago, las bases para actualizar la pensión, la duración o el momento de cese y las garantías para su efectividad» (Gaceta de 25 de julio de 1889).

<sup>22</sup> Sobre esta cuestión, pueden consultarse BLASCO LAHOZ, J.F. *Seguridad Social. Régimen General, Regímenes Especiales y prestaciones no contributivas*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, Cuarta Edición, pp. 778-779; CARRASCOSA BERMEJO, D.: “Análisis crítico de los derechos laborales y de Seguridad Social de las víctimas de violencia de género: una aproximación práctica”. En *Revista de Derecho Social*, 2011, núm. 55, p. 81; FERNÁNDEZ ORRICO, F.J.: “Muerte y supervivencia”. En GARCÍA NINET, J.L., GARCÍA VIÑA, J. y VICENTE PALACIO, A. (Dir.). *Manual básico de Seguridad Social*, Barcelona, Atelier, 2016, p. 274; RON LATAS, R.P. “La protección social de las víctimas de violencia de género”. En MELLA MÉNDEZ, L. (Dir.). *Violencia de género y Derecho del trabajo. Estudios actuales sobre puntos críticos*, Madrid, La Ley, 2012, pp. 664-665; y VICENTE PALACIO, A. “Pensión de viudedad de cónyuges separados judicialmente o divorciados y pensión compensatoria ¿Es la pensión compensatoria requisito de acceso a la pensión de viudedad o pensión incompatible con ésta? (Breve reflexión sobre la pensión de viudedad a raíz de la Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 26 de Barcelona 28 jul. 2008)”. En *Tribuna Social*, 2009, núm. 220, p. 57.

<sup>23</sup> MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P.: “Artículo 174. Pensión de viudedad”. En MARTÍN VALVERDE, A. y GARCÍA MURCIA, J. (Dir.) y CASTRO ARGÜELLES, M.A. (Coord.). *Ley General de Seguridad Social. Comentada y con jurisprudencia*, Madrid, La Ley, 2009, p. 1262; SERRANO ARGÜELLO, N.: “Pensión de viudedad para excónyuges víctimas de violencia de género, de la denegación judicial a la nueva regulación legal”. En *Aranzadi Social, Revista Doctrinal*, 2010, vol. 3, núm. 1, p. 60; y SORIANO ARROQUÍA, E.M.: “Pensión de viudedad y víctima de violencia de género: un uso social de la norma legal. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 20 de enero de 2016, RUD 3106/2014”. En *Revista de Trabajo y Seguridad Social, Centro de Estudios Financieros*, 2016, núm. 398, p. 63.

<sup>24</sup> Véase la STS de 30 de enero de 2014, núm. rec. 991/2012, Fundamento Jurídico Segundo (apartado 3).

<sup>25</sup> Consúltense, entre otras, las SSTs de 14 de febrero de 2012, núm. rec. 1114/2011, Fundamento Jurídico Tercero y de 17 de abril de 2012, núm. rec. 1520/2011, Fundamento Jurídico Segundo. En profundidad, *vid.* ALLUEVA AZNAR, L. y GINÉS I FABRELLAS, A.: “La dependencia económica como requisito...”, *ob. cit.*, pp. 15-19.

<sup>26</sup> TALÉNS VISCONTI, E.E.: “La pensión compensatoria como requisito...”, *ob. cit.*, p. 234. Pueden consultarse, entre otras, las SSTs de 29 de enero de 2014, núm. rec. 743/2013, Fundamento Jurídico Tercero (apartado 2); de 30 de enero de 2014, núm. rec. 991/2012, Fundamento Jurídico Tercero (apartado 2); de 17 de febrero de 2014, núm. rec. 1822/2013, Fundamentos Jurídicos Quinto y Sexto; de 6 de mayo de 2014, núm. rec. 1344/2013, Fundamento Jurídico Tercero; de 3 de febrero de 2015, núm. rec. 3187/2013, Fundamento Jurídico Tercero (apartados 2 y 3); y de 12 de febrero de 2016, núm. rec. 2397/2014, Fundamento Jurídico Tercero (apartado 3).

<sup>27</sup> *Vel.* STS de 12 de febrero de 2016, núm. rec. 2397/2014, Fundamento Jurídico Tercero (apartado 3).

<sup>28</sup> STS de 29 de enero de 2014, núm. rec. 743/2013, Fundamento Jurídico Segundo (apartado 5).

que «no cabe una interpretación literal que exija que la pensión compensatoria haya sido fijada con esa denominación para poder admitir que se cumple con el requisito para el acceso a la prestación de viudedad»<sup>29</sup>. En suma, a tenor de la actual tendencia jurisprudencial, debe realizarse una interpretación finalista del otorgamiento de la pensión, en función de la cual es preciso atender a su verdadera naturaleza<sup>30</sup>.

Este requerimiento, introducido por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social<sup>31</sup>, resulta «claramente restrictivo»<sup>32</sup> pues limita el acceso de los ex cónyuges a la pensión de viudedad a las situaciones en las que existe «una dependencia económica real y acreditada vía pensión civil compensatoria»<sup>33</sup>. Se produce, de esta forma, una alteración en el propósito de la pensión de viudedad en los supuestos de crisis y ruptura matrimonial. Precisamente, la pensión de viudedad, que «no tiene por estricta finalidad atender a una situación de necesidad o dependencia económica, asegurando un mínimo de rentas, sino más bien compensar frente a un daño, cual es la falta o minoración de unos ingresos en los que participaba el cónyuge superviviente, y, en general afrontar las repercusiones económicas causadas por la actualización de una contingencia, siendo irrelevante que el fallecimiento cree o no un estado de necesidad»<sup>34</sup>, se convierte en los casos de separación y divorcio en una «renta de sustitución»<sup>35</sup> cuyo fin último radica en «exigir cierta dependencia económica del beneficiario respecto del causante»<sup>36</sup>.

El recurso por parte del legislador social a la pensión compensatoria como criterio delimitador de la dependencia económica ha sido muy criticado por la doctrina, en tanto plantea numerosas contradicciones e incoherencias<sup>37</sup>. Ciertamente, la sujeción de la pensión de viudedad —una institución jurídico-social— a una previa pensión compensatoria —una institución jurídico-civil— deja patente una percepción de la pensión de viudedad anclada en el pasado y alejada de la realidad social actual. A mayor abundamiento, el enfoque actual del acceso a la pensión de viudedad en los

<sup>29</sup> *Ibidem*, Fundamento Jurídico Tercero (apartado 2).

<sup>30</sup> STS de 30 de enero de 2014, núm. rec. 991/2012, Fundamento Jurídico Tercero (apartado 2).

<sup>31</sup> BOE de 5 de diciembre de 2007, núm. 291.

<sup>32</sup> MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C. y QUESADA SEGURA, R.: *Manual de Seguridad Social...*, *ob. cit.*, p. 387. En un sentido similar se pronuncian OJEDA AVILÉS, A. “Reformulación de la pensión de viudedad”. En *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 2008, núm. extra, p. 336; RON LATAS, R.P. “Quo Vadis, Legislador. El novedoso carácter regresivo de la Ley 40/2007 en la protección de la viudedad en el Sistema Público Español de Seguridad Social”. En *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*, 2009, núm. 13, p. 721; y SERRANO ARGÜELLO, N.: “Pensión de viudedad para excónyuges víctimas...”, *ob. cit.*, p. 54

<sup>33</sup> RODRÍGUEZ INIESTA, G.: “La protección por muerte y supervivencia”. En CAVAS MARTÍNEZ, F. (Dir.) y RODRÍGUEZ INIESTA, G. (Coord.). *La Reforma de la Seguridad Social de 2007. Análisis de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social*, Murcia, Laborum, 2007, p. 185 y RODRÍGUEZ INIESTA, G.: “La Reforma de la protección por muerte y supervivencia (Del Acuerdo sobre medidas en materia de Seguridad Social al Proyecto de Ley de Medidas de Seguridad Social)”. En FERRANDO GARCÍA, F. (Coord.). *La Reforma de la Seguridad Social (El Acuerdo del 13 de julio de 2006 y su ulterior desarrollo normativo)*, Albacete, Bomarzo, 2007, p. 208.

<sup>34</sup> ATC de 19 de octubre de 2004, núm. 393/2004, Fundamento Jurídico Tercero. En términos similares, véase la STC de 15 de noviembre de 1990, núm. 184/1990, Fundamento Jurídico Cuarto.

<sup>35</sup> STSJ de Cantabria, Sala de lo Social, de 4 de febrero de 2009, núm. rec. 1193/2008, Fundamento Jurídico Segundo.

<sup>36</sup> STS de 10 de noviembre de 2014, núm. rec. 80/2014, Fundamento Jurídico Segundo. Igualmente, consúltense AGUSTÍ JULIÀ, J.: “Pensión de viudedad y pensión compensatoria (STS/Sala Cuarta de diez de noviembre de dos mil catorce. Un paso más en la adecuación de la norma jurídica a la realidad social)”. En *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*, 2015, núm. 3, p. 142 y LÓPEZ-RENDO RODRÍGUEZ, C. y ABELLA RUIZ DE MENDOZA, I.: “Pensión de viudedad en supuestos de separación y divorcio. Interpretación del artículo 174 tras la reforma por Ley 40/2007, de 4 de diciembre”. En *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, 2008, núm. 23, p. 55.

<sup>37</sup> Véanse, entre otros, TALENS VISCONTI, E.E. “La pensión compensatoria como requisito...”, *ob. cit.*, p. 229; TORTUERO PLAZA, J.L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G.: “La pensión de viudedad como prestación contributiva del Sistema de Seguridad Social ¿una realidad cambiante? La valoración de la situación de necesidad de los beneficiarios”. En MORENO VIDA, M.N., MONEREO PÉREZ, J.L. y DÍAZ ARNARTE, M.T. (Dir. y Coords.). *La pensión de viudedad. Una necesaria reforma ante los cambios en las estructuras familiares*, Granada, Comares, 2013, pp. 145-146; y VICENTE PALACIO, A. “Pensión de viudedad de cónyuges separados judicialmente o divorciados...”, *ob. cit.*, pp. 60-61.



casos de separación o divorcio revela cómo el legislador confiere a la Seguridad Social un carácter de instrumento meramente subsidiario de la regulación civil<sup>38</sup>.

Como excepción a este requisito, y con el fin de dar respuesta a las demandas sociales, la disposición final tercera número catorce de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, añadió una nueva disposición transitoria decimotava al entonces vigente TRLGSS (actualmente, disposición transitoria decimotercera del TRLGSS) que contenía una norma transitoria sobre la pensión de viudedad en supuestos de separación judicial o divorcio anteriores al 1 de enero de 2008<sup>39</sup>. Según esta disposición, el reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad no queda 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 de viudedad haya transcurrido un período de tiempo no superior a diez años. Para la aplicación de esta norma se exige, asimismo, que el vínculo matrimonial haya tenido una duración mínima de diez años y que concurra en la persona beneficiaria alguna de las siguientes condiciones: la existencia de hijos comunes del matrimonio y/o una edad superior a los cincuenta años en la fecha del fallecimiento del causante. Además, se señala que lo dispuesto en la disposición transitoria también será de aplicación a los hechos causantes producidos entre el 1 de enero de 2008 y el 31 de diciembre de 2009. Igualmente, se reconoce el derecho a la pensión de viudedad de las personas divorciadas o separadas judicialmente antes del 1 de enero de 2008 que no reúnan los requisitos mencionados previamente, siempre que tengan sesenta y cinco o más años, no tengan derecho a otra pensión pública y la duración del matrimonio con el causante de la pensión no haya sido inferior a quince años<sup>40</sup>. En efecto, la inclusión de estas previsiones tiene una doble utilidad, a saber: por un lado, pone fin a la denegación de la pensión de viudedad a posibles beneficiarios tras la entrada en vigor de la Ley 40/2007; y, por otro lado, amplía con carácter retroactivo la protección de las personas separadas y divorciadas para los hechos ocurridos antes del 1 de enero de 2008 o entre esa fecha y el 31 de diciembre de 2009<sup>41</sup>.

Pues bien, el condicionante introducido por la Ley 40/2007 relativo a la pensión compensatoria fue inicialmente aplicado a todos los supuestos de separación y divorcio y, por ende, también a las víctimas de violencia de género separadas o divorciadas judicialmente. Dicha exigencia «suponía una grave distorsión»<sup>42</sup> cuando la persona separada o divorciada judicialmente era una víctima de violencia de género, ello porque, en numerosos casos, la ausencia de una pensión compensatoria no se correspondía con la situación económica de la víctima de violencia de género tras la separación o el divorcio, sino que era el resultado de la renuncia a la misma por parte de la víctima al hacer prevalecer el cese de la convivencia y de la violencia frente a la obtención de una pensión civil por desequilibrio económico<sup>43</sup>. Ante este polémico requisito aplicable a los casos de violencia de género, los pronunciamientos judiciales no mantuvieron una posición uniforme. Así, mientras algunos tribunales negaron la concesión de la pensión de viudedad a las víctimas de violencia de género basándose en una interpretación literal y rigurosa

<sup>38</sup> MOLINA NAVARRETE, C. “Prólogo”. En UREÑA MARTÍNEZ, M.: *Crisis matrimoniales y pensión de viudedad (Especial consideración al presupuesto de la pensión compensatoria)*. Cizur Menor, Aranzadi-Thomson Reuters, 2011, p. 22.

<sup>39</sup> *Vid.* UREÑA MARTÍNEZ, M.: *Crisis matrimoniales y pensión de viudedad (Especial consideración al presupuesto de la pensión compensatoria)*, Cizur Menor, Aranzadi-Thomson Reuters, 2011, p. 73.

<sup>40</sup> Esta última previsión fue introducida por la disposición final séptima número nueve de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del Sistema de Seguridad Social (BOE de 2 de agosto de 2011, núm. 184).

<sup>41</sup> UREÑA MARTÍNEZ, M.: *Crisis matrimoniales y pensión de viudedad...*, *ob. cit.*, p. 80.

<sup>42</sup> MORENO GENÉ, J.: “Medidas de tutela de las trabajadoras víctimas de violencia de género desde la perspectiva de la protección social”. En ROMERO BURILLO, A.M. (Dir. y Coord.) y RODRÍGUEZ ORGAZ, C. (Coord.). *La protección de la víctima de violencia de género. Un estudio multidisciplinar tras diez años de la aprobación de la Ley Orgánica 1/2004*, Cizur Menor, Aranzadi, 2016, p. 252.

<sup>43</sup> STS de 5 de febrero de 2013, núm. rec. 929/2012, Fundamento. Jurídico Tercero (apartado 3). Sobre esta cuestión, consúltense MORENO GENÉ, J.: “Medidas de tutela de las trabajadoras víctimas de violencia...”, *ob. cit.*, p. 252 y RON LATAS, R.P.: “La protección social de las víctimas de violencia...”, *ob. cit.*, p. 666.

del entonces vigente artículo 174.2 del TRLGSS<sup>44</sup>, otros fueron partidarios de su reconocimiento mediante la aplicación por extensión de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, y la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres<sup>45</sup>.

Finalmente, esta incongruencia fue solventada por la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2010<sup>46</sup>, cuya disposición final tercera número diez modificó el entonces vigente artículo 174.2 del TRLGSS para subsanar «un imperdonable olvido del legislador»<sup>47</sup> y «corregir la situación de desprotección de las víctimas de violencia de género en la fecha de separación o divorcio»<sup>48</sup>. A través de esta modificación, el legislador suprimió, de manera acertada –aunque tardía–, la exigencia de una necesaria dependencia económica de las víctimas de violencia de género separadas judicialmente o divorciadas, para pasar a reconocer el derecho de las mismas a la pensión de viudedad con independencia de ser o no ser acreedoras de la pensión compensatoria, siempre que pudieran acreditar que eran víctimas de violencia de género en el momento de la separación judicial o el divorcio<sup>49</sup>.

En definitiva, como vía excepcional al cumplimiento de los requisitos establecidos por el TRLGSS respecto del acceso a la pensión de viudedad en los supuestos de separación y divorcio, el legislador reconoce como «beneficiarias “incondicionadas” de la pensión de viudedad a las mujeres que acrediten ser víctimas de violencia de género»<sup>50</sup>.

## IV. EL ACCESO A LA PENSIÓN DE VIUEDAD DE LAS VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO SEPARADAS O DIVORCIADAS

### 1. CONSIDERACIONES GENERALES

Tal y como se ha avanzado en el apartado anterior, con la entrada en vigor de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, la violencia de género excusa la exigencia de pensión compensatoria para acceder a la pensión de viudedad en los supuestos de separación judicial o divorcio (*supra*, III)<sup>51</sup>. Ciertamente, entiende el legislador que la persona que sufre violencia de género en el momento de la separación o el divorcio debe tener acceso a la pensión de viudedad por su condición de víctima

<sup>44</sup> Por ejemplo, la STSJ de Castilla y León, Sala de lo Social, de 9 de diciembre de 2009, núm. rec. 1532/2009, justifica la denegación de la pensión alegando que «ni el legislador de la pensión de viudedad ni el de la Ley Orgánica de Medidas de Protección Integral contra la violencia de género ha excepcionado el régimen jurídico de la citada pensión en el caso de personas divorciadas o separadas en razón de la condición de víctima de tal tipo de violencia» (Fundamento Jurídico Segundo). En esta línea, también pueden consultarse la STSJ de Extremadura, Sala de lo Social, de 22 de octubre de 2009, núm. rec. 462/2009, Fundamento Jurídico Segundo; la STSJ de Madrid, de 28 de octubre de 2009, núm. rec. 2537/2009, Fundamento Jurídico Cuarto; y las SSTSJ de Asturias, Sala de lo Social, de 17 de abril de 2009, núm. rec. 316/2009, Fundamento Jurídico Único, y de 25 de septiembre de 2009, núm. rec. 1799/2009, Fundamento Jurídico Segundo.

<sup>45</sup> BOE de 23 de marzo de 2007, núm. 71. A este respecto, las SSTSJ de Cantabria, Sala de lo Social, de 22 de enero de 2009, núm. rec. 1108/2008 y de 4 de febrero de 2009, núm. rec. 1193/2008, entienden que las actoras, víctimas de violencia de género, no eran receptoras de una pensión compensatoria «por razones de defensa y autoprotección» (Fundamentos Jurídicos Segundo y Tercero, respectivamente). Asimismo, sobre esta cuestión, pueden consultarse AGUSTÍ JULIÀ, J.: “Pensión de viudedad y pensión compensatoria...”, *ob. cit.*, p. 143; CARRASCOSA BERMEJO, D.: “Análisis crítico de los derechos laborales...”, *ob. cit.*, p. 82; PÉREZ ALONSO, M.A.: “La pensión compensatoria y la pensión de viudedad”. En *Aranzadi Social, Revista Doctrinal*, 2009, vol. 2, núm. 6, pp. 31-32; y UREÑA MARTÍNEZ, M.: *Crisis matrimoniales y pensión de viudedad...*, *ob. cit.*, pp. 74-75.

<sup>46</sup> BOE de 24 de diciembre de 2009, núm. 309.

<sup>47</sup> RON LATAS, R.P.: “La protección social de las víctimas de violencia...”, *ob. cit.*, p. 664.

<sup>48</sup> STS de 5 de febrero de 2013, núm. rec. 929/2012, Fundamento Jurídico Tercero (apartado 3).

<sup>49</sup> GARCÍA ROMERO, B.: “La violencia de género desde la perspectiva...”, *ob. cit.*, p. 137 y SERRANO ARGÜELLO, N.: “Pensión de viudedad para excónyuges víctimas...”, *ob. cit.*, p. 65.

<sup>50</sup> TALÉNS VISCONTI, E.E.: “La pensión compensatoria como requisito...”, *ob. cit.*, p. 227.

<sup>51</sup> STS de 26 de septiembre de 2017, núm. rec. 2445/2015, Fundamento Jurídico Segundo. En términos similares, véase MONEREO PÉREZ, J.L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G.: “Género y Seguridad Social (II). Nuevas propuestas de reforma de la protección a la supervivencia de la Seguridad Social derivadas de situaciones de violencia de género”. En *Revista de Derecho de la Seguridad Social, Laborum*, 2017, núm. 12, p. 17.

y no por ser acreedora de la pensión compensatoria<sup>52</sup>. Y es que «la falta de pensión compensatoria no obedece en esos casos a razones económicas sino a motivos de autodefensa y protección»<sup>53</sup>.

De esta manera, el párrafo tercero del artículo 220.1 del TRLGSS comprende una excepción a la regla general de acceso a la pensión compensatoria en los supuestos de separación o divorcio al disponer que, «en todo caso, tendrán derecho a la pensión de viudedad las mujeres que, aun 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 ser víctima de violencia de género, así como por cualquier otro medio de prueba admitido en Derecho».

En relación con el alcance del precepto mencionado, la expresión «en todo caso» denota que la dispensa del requisito de pensión compensatoria actúa en todos los supuestos a favor de las víctimas de violencia de género; esto es, tanto en los casos en los que no se hubiera reconocido pensión compensatoria alguna, como cuando la pensión reconocida hubiera sido de carácter temporal o siendo de naturaleza indefinida se hubiera extinguido por causa legal<sup>54</sup>. Más aún, una interpretación literal de esta expresión lleva a concluir que el legislador permite reconocer el derecho a la pensión de viudedad a las mujeres que acrediten ser víctimas de violencia de género, incluso si hubieran vuelto a contraer nuevas nupcias o formalizado pareja de hecho con otra persona<sup>55</sup>.

Sin perjuicio de estas exenciones, el acceso de las víctimas de violencia de género separadas judicialmente o divorciadas a la pensión de viudedad exige el cumplimiento de las condiciones de alta o situación asimilada y carencia del causante establecidas en el artículo 219 del TRLGSS (*supra*, III). En este punto, resulta oportuno hacer una reflexión sobre la pertinencia de estos requerimientos en el contexto de la violencia de género. Precisamente, el legislador no ha incluido ninguna matización en relación con los requisitos del alta o situación asimilada y carencia del causante cuando existe una situación de violencia de género (tanto si concurre crisis matrimonial como si no concurre). Debido a esta omisión, en principio, la víctima de violencia de género solamente podrá acceder a la pensión de viudedad si en la fecha del fallecimiento el sujeto causante cumplía con las condiciones delimitadas en el artículo 219 del TRLGSS. Ahora bien, teniendo en cuenta que el incumplimiento por parte del causante de los requisitos exigidos legalmente como consecuencia de las sanciones o condenas impuestas por la violencia de género ejercida puede impedir a la víctima acceder a la pensión de viudedad, resulta conveniente introducir alguna precisión a este respecto en el TRLGSS<sup>56</sup>. En la práctica, algunos tribunales, conscientes del perjuicio que pueden sufrir las víctimas en estos supuestos, han venido aplicando la doctrina

<sup>52</sup> SERRANO ARGÜELLO, N.: “Pensión de viudedad para excónyuges víctimas...”, *ob. cit.*, p. 65 y UREÑA MARTÍNEZ, M.: *Crisis matrimoniales y pensión de viudedad...*, *ob. cit.* p. 77.

<sup>53</sup> STSJ de Cataluña, de 15 de febrero de 2012, núm. rec. 6485/2010, Fundamento Jurídico Tercero.

<sup>54</sup> STS de 5 de febrero de 2013, núm. rec. 929/2012, Fundamento Jurídico Tercero (apartado 3); STSJ de Cataluña, de 17 de noviembre de 2014, núm. rec. 5048/2014, Fundamento Jurídico Segundo; y STSJ de Asturias, de 8 de mayo de 2018, núm. rec. 575/2018, Fundamento Jurídico Segundo. Sobre esta cuestión, véanse LOUSADA AROCHENA, J.F.: “La integración de la tutela contra la violencia de género en la Seguridad Social”. En MELLA MÉNDEZ, L. (Dir.). *Violencia de género y Derecho del trabajo. Estudios actuales sobre puntos críticos*, Madrid, La Ley, 2012, pp. 707-708; MOLINS GARCÍA-ATANCE, J.: “Violencia de género y Seguridad Social”. En *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, 2014, núm. 109, p. 121; MORENO GENÉ, J.: “Medidas de tutela de las trabajadoras víctimas de violencia...”, *ob. cit.*, p. 253; POQUET CATALÁ, R.: “A vueltas de nuevo con la teoría humanizadora y la pensión de viudedad”. En *Temas Laborales*, 2017, núm. 139, p. 250; y TALÉNS VISCONTI, E.E. “La pensión compensatoria como requisito...”, *ob. cit.*, pp. 243-244.

<sup>55</sup> *Ibidem*, p. 244.

<sup>56</sup> CERVILLA GARZÓN, M.J.: *El derecho a la pensión de viudedad...*, *ob. cit.*, pp. 96-97.

«humanizadora»<sup>57</sup> mediante la cual han empleado un criterio flexibilizador para valorar el requisito de estar en alta o situación asimilada atendiendo a las circunstancias del caso concreto<sup>58</sup>.

Así las cosas, para la aplicación de la vía excepcional contenida en el párrafo tercero del artículo 220.1 del TRLGSS y para el consecuente reconocimiento del acceso a la pensión de viudedad de acuerdo con la normativa vigente, deben converger necesariamente cinco elementos, a saber: un elemento subjetivo, que delimita el ámbito subjetivo de la disposición; un elemento objetivo, basado en la existencia de crisis o quiebra matrimonial; un elemento material, referido a ser víctima de violencia de género por parte de la expareja; un elemento instrumental, que conlleva la acreditación de dicha realidad a través de medios probatorios jurídicamente válidos; y un elemento temporal o cronológico, en virtud del cual debe existir violencia de género al producirse la separación o el divorcio (*infra*, IV, 2)<sup>59</sup>.

## 2. ELEMENTOS PARA LA APLICACIÓN DE LA VÍA EXCEPCIONAL DEL ARTÍCULO 220.1, PÁRRAFO TERCERO, DEL TRLGSS

### A) Elemento subjetivo

El ámbito subjetivo del párrafo tercero del artículo 220.1 del TRLGSS comprende a las mujeres víctimas de violencia de género separadas o divorciadas que no son acreedoras de la pensión compensatoria. Este ámbito subjetivo coincide, en efecto, con el concepto de violencia de género contenido en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, en la que se contempla exclusivamente la tutela de las mujeres víctimas de violencia en la pareja o ex pareja (*supra*, II)<sup>60</sup>. Por consiguiente, quedan fuera del ámbito subjetivo del citado precepto los hombres que sean víctimas de violencia en el seno de la pareja o ex pareja y que no sean acreedores de la pensión compensatoria.

Pues bien, esta limitación del ámbito subjetivo podría llevar a considerar la existencia de una posible diferencia de trato contraria al artículo 14 de la Constitución Española<sup>61</sup>, en el que se dispone que los españoles son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna, entre otras, por razón de sexo.

Para abordar esta suposición, en principio, puede tenerse como referencia la doctrina constitucional asentada respecto de los delitos penales que protegen especialmente a la mujer y en los que se impone una pena más elevada cuando se cometen en un contexto de violencia de género<sup>62</sup>. A este respecto, el Tribunal Constitucional ha venido considerando que cuando el tratamiento diferenciado tiene una justificación objetiva y razonable y no depara unas consecuencias desproporcionadas, no existe vulneración del artículo 14 del texto constitucional<sup>63</sup>. La aplicación analógica de esta doctrina al supuesto objeto de análisis lleva a concluir que el párrafo tercero del artículo 220.1 del TRLGSS no atenta contra el artículo 14 de la Constitución Española<sup>64</sup>.

<sup>57</sup> Para profundizar en la teoría humanizadora, puede consultarse POQUET CATALÁ, R.: “A vueltas de nuevo con la teoría humanizadora...”, *ob. cit.*, pp. 251-256.

<sup>58</sup> STS de 19 de enero de 2010, núm. rec. 4014/2008, Fundamento Jurídico Tercero y STSJ de Madrid, de 31 de mayo de 2001, núm. rec. 388/2001, Fundamento Jurídico Segundo (apartado 2). Asimismo, *vid.* CERVILLA GARZÓN, M.J.: *El derecho a la pensión de viudedad...*, *ob. cit.*, p. 98.

<sup>59</sup> La STS de 20 de enero de 2016, núm. rec. 3106/2014, requiere la concurrencia de tres elementos para la aplicación de esta vía, esto es, el elemento instrumental, el instrumento material y el instrumento cronológico (Fundamento Jurídico Cuarto). Por su parte, CERVILLA GARZÓN añade oportunamente los elementos subjetivo y objetivo (CERVILLA GARZÓN, M.J.: *El derecho a la pensión de viudedad...*, *ob. cit.*, p. 74).

<sup>60</sup> CERVILLA GARZÓN, M.J.: *El derecho a la pensión de viudedad...*, *ob. cit.*, p. 75 y DA COSTA NEWTON, P.C.: *Empleo y sexismo...*, *ob. cit.*, p. 46.

<sup>61</sup> BOE de 29 de diciembre de 1978, núm. 311.

<sup>62</sup> CERVILLA GARZÓN, M.J.: *El derecho a la pensión de viudedad...*, *ob. cit.*, pp. 76-77.

<sup>63</sup> STC de 19 de febrero, núm. 45/2009, Fundamento Jurídico Cuarto.

<sup>64</sup> CERVILLA GARZÓN, M.J.: *El derecho a la pensión de viudedad...*, *ob. cit.*, p. 76.

Sin embargo, cabría cuestionar dicha conclusión si se tiene en cuenta que los hombres también pueden ser víctimas de violencia en el contexto de la pareja o expareja, tal y como se advierte en el Preámbulo del Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra las mujeres y la violencia doméstica, adoptado en Estambul el 11 de mayo de 2011<sup>65</sup>. Precisamente, debe recordarse que «el problema de la violencia de género no está en el sexo, sino en el género»<sup>66</sup>, apreciación esta última que puede llevar a replantear la legitimidad de la acotación del ámbito subjetivo de esta vía excepcional (*supra*, II)<sup>67</sup>. En sintonía con esta consideración, el artículo 4.1 del citado Convenio establece que «las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para promover y proteger el derecho de todos, en particular de las mujeres, a vivir a salvo de la violencia tanto en el ámbito público como en el ámbito privado». Es decir, este instrumento internacional insta a promover una protección de todas las personas frente a la violencia. En este sentido, aunque en el precepto se alude explícitamente a las mujeres, cabe advertir que no se excluye la protección de los varones<sup>68</sup>.

Asimismo, cabe preguntarse si la mujer víctima de violencia en el seno de una pareja homosexual entra dentro del ámbito subjetivo de esta vía excepcional. Precisamente, debe recordarse que el concepto de violencia de género contenido en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, se refiere a la violencia ejercida por un hombre contra una mujer (*supra*, II). Ello no obstante, tal y como se explicará más adelante, la noción de violencia de género contenida en el TRLGSS no se ciñe exclusivamente al concepto de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, motivo por el cual cabe extender su significado a los efectos de la pensión de viudedad (*infra*, IV, 2, C)<sup>69</sup>.

## B) Elemento objetivo

El elemento objetivo comporta, a grandes rasgos, la existencia de crisis matrimonial. Concretamente, la vía excepcional objeto de análisis se encuadra en el artículo 220.1 del TRLGSS, en el que se contemplan las particularidades para acceder a la pensión de viudedad en los supuestos de separación judicial o divorcio.

De este modo, para que opere la vía excepcional contenida en el párrafo tercero del citado artículo, es imprescindible que concurra alguna de las dos situaciones previstas de crisis matrimonial, esto es, la separación judicial o el divorcio. Y ello porque si el matrimonio o la pareja de hecho perduran en el momento del fallecimiento del causante, no será de aplicación esta regla.

En relación con el alcance de este elemento objetivo, cabe advertir que la vía excepcional para los supuestos de violencia de género no se refiere a los supuestos de nulidad matrimonial y que las disposiciones sobre el acceso a la pensión de viudedad en los casos de nulidad matrimonial

<sup>65</sup> A este respecto, puede consultarse LOUSADA AROCHENA, J.F.: «El derecho fundamental a vivir sin violencia...», *ob. cit.*, p. 44.

<sup>66</sup> DA COSTA NEWTON, P.C.: *Empleo y sexismo...*, *ob. cit.*, p. 47.

<sup>67</sup> En este mismo sentido, véanse CERVILLA GARZÓN, M.J.: *El derecho a la pensión de viudedad...*, *ob. cit.*, p.77 y DA COSTA NEWTON, P.C.: *Empleo y sexismo...*, *ob. cit.*, pp. 46-48.

<sup>68</sup> CERVILLA GARZÓN, M.J.: *El derecho a la pensión de viudedad...*, *ob. cit.*, p.77.

<sup>69</sup> Por ejemplo, en el marco de la pérdida de la pensión de viudedad de los agresores, el legislador ha ampliado el alcance de la expresión «víctima de violencia de género». En principio, la disposición adicional primera de la Ley Orgánica 1/2004 introdujo la siguiente causa de extinción: «Quien fuera condenado, por sentencia firme, por la comisión de un delito doloso de homicidio en cualquiera de sus formas o de lesiones, cuando la ofendida por el delito fuera su cónyuge o excónyuge, perderá la condición de beneficiario de la pensión de viudedad que le corresponda dentro del Sistema Público de Pensiones causada por la víctima, salvo que, en su caso, medie reconciliación entre ellos». Obsérvese que la disposición se refirió explícitamente a la «ofendida», en femenino, lo que originó un problema de constitucionalidad en relación con el artículo 14 de la Constitución. Justamente, se planteó si dicha previsión debía aplicarse solamente a la violencia ejercida por un hombre contra una mujer o si, por el contrario, debía extenderse también a otros supuestos en los que la víctima podía ser tanto una mujer como un hombre. Ante esta disyuntiva, la disposición adicional trigésima de la Ley 1/2007 dio una nueva redacción a la disposición adicional primera de la Ley Orgánica 1/2004, cambiando el término «ofendida» por «víctima» y permitiendo, de este modo, incluir tanto los supuestos en los que la víctima es una mujer como un hombre. *Vid.* MOLINS GARCÍA-ATANCE, J.: «Violencia de género y Seguridad Social...», *ob. cit.*, p. 135.

tampoco contienen referencia alguna a las víctimas de violencia de género, una ausencia infundada que requiere ser enmendada por parte del legislador. En la práctica, los tribunales han salvado esta «laguna axiológica del valor de la igualdad»<sup>70</sup> a través de una aplicación analógica de las reglas previstas para los otros dos supuestos de crisis matrimonial, esencialmente, porque «si la excepción de la violencia de género en los supuestos de separación o divorcio se dirige, precisamente, a evitar perjudiciales efectos perversos sobre aquellas mujeres que, dada la situación de violencia en que viven inmersas dentro de su matrimonio, prefieren no reclamar la pensión compensatoria para facilitar la rápida resolución de la crisis matrimonial, esas mismas razones justifican, en el supuesto de nulidad matrimonial, que la violencia de género opere como excepción de la exigencia de indemnización del artículo 98 del Código Civil»<sup>71</sup>.

### C) Elemento material

La aplicación de la regla contenida en el párrafo tercero del artículo 220.1 del TRLGSS requiere, asimismo, la concurrencia de un elemento material. En concreto, este elemento exige que la persona que pretende acceder a la pensión de viudedad en los supuestos de separación o divorcio sea víctima de violencia de género.

Con el fin de concretar el alcance de este objetivo, es necesario prestar atención al concepto de violencia de género. Empero, cabe apreciar que el TRLGSS no se pronuncia sobre el mismo. Ante este vacío, y con el fin de dotar de contenido al elemento material, puede tenerse como base la noción de la violencia de género contenida en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, que, recuérdese, la define en su artículo 1.3 como «todo acto de violencia física y psicológica, incluidas las agresiones a la libertad sexual, a las amenazas, las coacciones o la privación arbitraria de libertad» (*supra*, II).

Visiblemente, se trata de una definición amplia «que contiene un concepto general (todo acto de violencia) y una enumeración no taxativa de qué conductas pueden considerarse como tal»<sup>72</sup>. En principio, la expresión «todo acto» incluida en la definición parece revelar que el concepto de violencia de género no demanda una necesaria repetición o continuidad de los actos de violencia física y psicológica. Sin embargo, debe advertirse que no existe un criterio unánime en los pronunciamientos judiciales sobre esta cuestión, lo que genera una clara inseguridad jurídica<sup>73</sup>. Ciertamente, mientras algunos tribunales han defendido que para el reconocimiento de la violencia de género «no es necesario que los hechos deban ser repetidos en el tiempo»<sup>74</sup>, otros han estimado que un acto aislado no constituye violencia de género<sup>75</sup>.

En cualquier caso, no debe olvidarse que el TRLGSS «no ha cerrado el concepto de víctima de violencia de género a los términos recogidos»<sup>76</sup> en la Ley Orgánica 1/2004, por lo que no debe emplearse una concepción estricta de esta forma de violencia (*supra*, IV, 2, A). En consecuencia, la violencia de género debe entenderse en su sentido más extenso de «existencia de una situación no pacífica de convivencia matrimonial en la que uno de sus componentes es el agresor y el otro la víctima»<sup>77</sup>.

<sup>70</sup> STSJ de Galicia, de 14 de abril de 2015, núm. rec. 4672/2015, Fundamento Jurídico Único. Sobre las lagunas axiológicas del Sistema normativo de la Seguridad Social en relación con la tutela contra la violencia de género, resulta de interés LOUSADA AROCHENA, J.F.: «La integración de la tutela contra la violencia de género...», *ob. cit.*, pp. 703-705.

<sup>71</sup> STSJ de Galicia, de 14 de abril de 2015, núm. rec. 4672/2015, Fundamento Jurídico Único. Asimismo, véase VILLAR CAÑADA, I.M.: «La pensión de viudedad y derecho a la igualdad: puntos críticos de la jurisprudencia más reciente». En *Revista de Trabajo y Seguridad Social, Centro de Estudios Financieros*, 2016, núm. 400, p. 64.

<sup>72</sup> MOLINS GARCÍA-ATANCE, J.: «Violencia de género y Seguridad Social...», *ob. cit.*, p. 121.

<sup>73</sup> CERVILLA GARZÓN, M.J.: *El derecho a la pensión de viudedad...*, *ob. cit.*, pp. 84-85 y MOLINS GARCÍA-ATANCE, J.: «Violencia de género y Seguridad Social...», *ob. cit.*, p. 124.

<sup>74</sup> STSJ del País Vasco, de 31 de enero de 2012, núm. rec. 3154/2011, Fundamento Jurídico Tercero.

<sup>75</sup> STSJ de Madrid, de 14 de junio de 2011, núm. rec. 1995/2011, Fundamento Jurídico Sexto.

<sup>76</sup> STS de 20 de enero de 2016, núm. rec. 3106/2014, Fundamento Jurídico Cuarto (apartado 3).

<sup>77</sup> STSJ de Madrid, de 14 de junio de 2011, núm. rec. 1995/2011, Fundamento Jurídico Sexto y STSJ de Galicia, de 11 de enero de 2018, núm. rec. 3911/2017, Fundamento Jurídico Tercero.

## D) Elemento instrumental

En íntima conexión con el elemento material, el elemento instrumental exige, por su parte, acreditar la situación de violencia de género a través de medios probatorios jurídicamente válidos. Este elemento adquiere suma importancia, en tanto resulta indispensable probar la existencia de violencia de género para acceder a la pensión de viudedad en supuestos de separación o divorcio.

A este respecto, el párrafo tercero del artículo 220 del TRLGSS determina que dicha realidad puede acreditarse «mediante sentencia firme, o archivo de la causa por extinción de la responsabilidad penal por fallecimiento» y, 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 ser víctima de violencia de género». Si bien inicialmente el precepto «parece tasar los medios de prueba de la condición de víctima de violencia de género»<sup>78</sup>, al final acaba permitiendo «cualquier otro medio de prueba admitido en Derecho». Así pues, el precepto contiene «una enumeración meramente ejemplificativa»<sup>79</sup> que esclarece cómo puede acreditarse la violencia de género<sup>80</sup>.

Se percibe, sin embargo, que la enunciación de los instrumentos de prueba resulta desafortunada y confusa. Y es que, en un principio, la formulación de los medios de prueba podría llevar a pensar que el legislador permite acreditar la condición de víctima de violencia de género por otros medios de prueba admitidos en Derecho únicamente en defecto de sentencia firme. Ahora bien, «ese dogmatismo conduciría a situaciones injustas y no queridas por el derecho»<sup>81</sup> y conllevaría una clara desprotección de las víctimas. A tenor de esta lectura, debe entenderse que la sentencia penal absolutoria no excluye la posibilidad de acreditar la violencia de género en el proceso social por otros medios, a los exclusivos efectos de la prestación de la Seguridad Social<sup>82</sup>.

Así las cosas, resulta pertinente destacar que, a diferencia de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, en la que se contemplan como medios de prueba la orden de protección a favor de la víctima y, de manera excepcional, el informe del Ministerio Fiscal que indique la existencia de indicios de violencia de género hasta que se dicte la orden de protección (cfr. artículo 23), el TRLGSS amplía los cauces probatorios y no se limita al inicio de actuaciones penales por violencia de género<sup>83</sup>. En este sentido, la prueba no «exige que se acredite fehacientemente la condición de víctima en tal momento clave, sino únicamente la existencia de indicios de su existencia»<sup>84</sup>. Por consiguiente, cabe concluir que se establece una plena libertad de prueba para acreditar la violencia de género<sup>85</sup>.

Como consecuencia de todo lo dicho, la libertad probatoria contemplada en el TRLGSS ha dado lugar a una variada casuística judicial que, como es habitual, no ha mantenido una postura uniforme. Ciertamente, algunos tribunales han tenido en consideración, según las circunstancias del caso concreto, muy distintos indicios o criterios como medios probatorios (entre otros, la prueba testifical<sup>86</sup>, la sentencia de separación o divorcio en la que se constatan situaciones violentas<sup>87</sup>, o la violencia ejercida contra hijos comunes<sup>88</sup>), mientras que otros han seguido

<sup>78</sup> STSJ de Galicia, de 11 de enero de 2018, núm. rec. 3911/2017, Fundamento Jurídico Segundo.

<sup>79</sup> MOLINS GARCÍA-ATANCE, J.: «Violencia de género y Seguridad Social...», *ob. cit.*, p. 127.

<sup>80</sup> En un sentido similar, consúltese la STSJ de 23 de febrero de 2016, núm. rec. 2243/2015, Fundamento Jurídico Único.

<sup>81</sup> STSJ de la Comunidad Valenciana, de 20 de junio de 2012, núm. rec. 225/2012, Fundamento Jurídico Segundo.

<sup>82</sup> MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P.: «Pensión de viudedad y «violencia machista»: el enfoque de género desde la interpretación». En *Revista de Trabajo y Seguridad Social, Centro de Estudios Financieros*, 2017, núm. 410, p. 151 y MOLINS GARCÍA-ATANCE, J.: «Violencia de género y Seguridad Social...», *ob. cit.*, pp. 129-130.

<sup>83</sup> CERVILLA GARZÓN, M.J.: *El derecho a la pensión de viudedad...*, *ob. cit.*, pp. 89-90; LOUSADA AROCHENA, J.F.: «La integración de la tutela contra la violencia de género...», *ob. cit.*, p. 711; y VILLAR CAÑADA, I.M.: «La pensión de viudedad y derecho a la igualdad...», *ob. cit.*, p. 65. Sobre la acreditación de las situaciones de violencia de género en el marco de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, véase DÍAZ AZNARTE, M.T.: «Aspectos laborales y de Seguridad Social de la nueva Ley de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género». En *Actualidad Laboral*, 2005, núm. 12, vol. 1, p. 1376.

<sup>84</sup> STSJ del País Vasco, de 9 de noviembre de 2010, núm. rec. 2356/2010, Fundamento Jurídico Segundo.

<sup>85</sup> MOLINS GARCÍA-ATANCE, J.: «Violencia de género y Seguridad Social...», *ob. cit.*, p. 120.

<sup>86</sup> STSJ de Asturias, de 3 de febrero de 2012, núm. rec. 2430/2011, Fundamento Jurídico Primero.

<sup>87</sup> STSJ de Andalucía, de 19 de septiembre de 2012, núm. rec. 1355/2012, Fundamento Jurídico Primero.

realizando una interpretación demasiado rigurosa de la norma que dificulta la acreditación de la existencia de violencia de género<sup>89</sup>.

Ante esta divergencia, resulta indispensable que los tribunales analicen y valoren los indicios existentes en el caso particular con perspectiva de género; en otras palabras, es necesario que los tribunales integren la perspectiva de género en la valoración de las pruebas aportadas para acreditar la violencia de género<sup>90</sup>. Esta interpretación social del Derecho con perspectiva de género «exige la contextualización y la actuación conforme al principio *pro persona*, que se configura en este ámbito como un criterio hermenéutico que obliga a los órganos jurisdiccionales a adoptar interpretaciones jurídicas que garanticen la mayor protección de los derechos humanos, en especial los de las víctimas»<sup>91</sup>.

### E) Elemento temporal o cronológico

El factor temporal o cronológico alude al momento en el que deben haber tenido lugar los hechos constitutivos de violencia de género para la efectiva aplicación del artículo 220.1, párrafo tercero, del TRLGSS.

En concreto, el precepto mencionado requiere que exista violencia de género en el momento de la separación judicial o el divorcio. Si bien en un primer acercamiento esta exigencia parece no plantear problemas interpretativos, lo cierto es que la expresión «en el momento de la separación judicial o el divorcio» resulta un tanto confusa y puede generar dudas respecto de su alcance.

Pues bien, del tenor literal de esta previsión cabe deducir que el legislador requiere que la violencia de género concorra en el momento de la separación o el divorcio<sup>92</sup>. Se considera, sin embargo, que no conviene realizar una lectura excesivamente rigurosa de este requisito para no desvirtuar el propósito del precepto. Así, se cree que el acto o los actos constitutivos de violencia de género no tienen por qué producirse en la misma fecha en que se presenta la demanda, siendo generalmente anteriores a dicho momento, sino que lo esencial es que exista un nexo de causalidad entre la crisis matrimonial y la situación de violencia de género<sup>93</sup>. Y es que no debe olvidarse que la violencia de género genera un clima hostil e intimidatorio que puede llevar a las víctimas a rehusar el inicio de un procedimiento civil en un corto plazo<sup>94</sup>. Al hilo de esta cuestión, resulta oportuno puntualizar que los actos constitutivos de violencia de género acontecidos después de la separación o el divorcio «no pueden tener relevancia directa en la apreciación de la existencia de esa violencia de género»<sup>95</sup> pero, en cambio, sí pueden tenerse en consideración como indicios para acreditar dicha situación<sup>96</sup>.

<sup>88</sup> STS de 20 de enero de 2016, núm. rec. 3106/2014, Fundamento Jurídico Cuarto (apartado 3) y STSJ de Andalucía, de 11 de octubre de 2012, núm. rec. 3452/2011, Fundamento Jurídico Cuarto. Asimismo, *vid.* SORIANO ARROQUIA, E.M.: “Pensión de viudedad y víctima de violencia de género...”, *ob. cit.*, pp. 166-167.

<sup>89</sup> STSJ de Murcia, de 4 de julio de 2016, núm. rec. 1179/2015, Fundamento Jurídico Segundo y STSJ de Asturias, de 2 de mayo de 2018, núm. rec. 588/2018, Fundamento Jurídico Tercero. Sobre esta cuestión, consúltense CERVILLA GARZÓN, M.J.: *El derecho a la pensión de viudedad...*, *ob. cit.*, pp. 92-95; MOLINS GARCÍA-ATANCE, J.: “Violencia de género y Seguridad Social...”, *ob. cit.*, pp. 127-134; MONEREO PÉREZ, J.L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G.: “Género y Seguridad Social (I). La Seguridad Social...”, *ob. cit.*, p. 22; MORENO GENÉ, J.: “Medidas de tutela de las trabajadoras víctimas de violencia...”, *ob. cit.*, p. 254; y POQUET CATALÁ, R.: “A vueltas de nuevo con la teoría humanizadora...”, *ob. cit.*, p. 249.

<sup>90</sup> STSJ de Canarias, de 7 de marzo de 2017, núm. rec. 1027/2016, Fundamento Jurídico Segundo. Asimismo, consúltense MENÉNDEZ SEBASTIÁN, P.: “Pensión de viudedad y «violencia machista»...”, *ob. cit.*, pp. 153-154 y MONEREO PÉREZ, J.L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G.: “Género y Seguridad Social (I). La Seguridad Social...”, *ob. cit.*, p. 22.

<sup>91</sup> STSJ de Canarias, de 7 de marzo de 2017, núm. rec. 1027/2016, Fundamento Jurídico Segundo.

<sup>92</sup> STS de 20 de enero de 2016, núm. rec. 3106/2014, Fundamento Jurídico Cuarto (apartado 4).

<sup>93</sup> En contra de esta tesis, la STSJ de Galicia, de 10 de marzo de 2016, núm. rec. 1443/2015, deniega la pensión de viudedad alegando que la violencia de género había cesado meses antes del divorcio (Fundamento Jurídico Tercero). En un sentido similar, puede verse la STS de Cataluña, de 19 de febrero de 2015, núm. rec. 6821/2015, Fundamento Jurídico Tercero.

<sup>94</sup> CERVILLA GARZÓN, M.J.: *El derecho a la pensión de viudedad...*, *ob. cit.*, pp. 85-86.

<sup>95</sup> STS de 30 de mayo de 2011, núm. rec. 2598/2010, Fundamento Jurídico Cuarto.

<sup>96</sup> MOLINS GARCÍA-ATANCE, J.: “Violencia de género y Seguridad Social...”, *ob. cit.*, p. 122.



Asimismo, otro de los problemas interpretativos que suscita este elemento temporal está relacionado con el momento en el que debe acreditarse la violencia de género respecto de la situación de crisis matrimonial. Precisamente, en el artículo estudiado se hace alusión a dos situaciones distintas de crisis matrimonial, a saber, la separación y el divorcio, lo que lleva a preguntarse si resulta suficiente la acreditación de la violencia de género en relación con una de ellas o si, por el contrario, debe probarse la subsistencia de la violencia respecto de la segunda situación de crisis matrimonial. Pues bien, la interpretación literal y teleológica del precepto, que alude de manera alternativa a la separación judicial o el divorcio, revela que solamente debe acreditarse la existencia de violencia de género en una ocasión, siendo condición indispensable que en el procedimiento no se haya reconocido la pensión compensatoria<sup>97</sup>.

Ahora bien, en los supuestos en los que en el primer procedimiento quede acreditada la violencia de género y se acuerde el establecimiento de una pensión compensatoria y, después, tras el cese de la convivencia, en el segundo procedimiento no se reconozca el derecho a la pensión compensatoria, la solución resulta más compleja. En estos casos, deberá verificarse si en el transcurso del tiempo entre los dos procedimientos han acontecido nuevos hechos constitutivos de violencia de género para probar el nexo entre la acreditación de la violencia de género y la falta de reconocimiento de la pensión compensatoria<sup>98</sup>.

## V. CONCLUSIONES

En base al estudio realizado en los apartados precedentes, a continuación se enumeran las principales conclusiones, dejándose las puertas abiertas a futuros trabajos de investigación.

**Primera.** En el marco jurídico español, la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, define la violencia de género como todo acto de violencia física y psicológica ejercido contra la mujer como manifestación de la discriminación y las relaciones de poder de los hombres sobre las mujeres. Ahora bien, este texto legal solamente contempla la violencia de género ejercida en el contexto de la pareja o expareja, excluyendo de su ámbito de aplicación la violencia de género que se produce fuera de la esfera privada.

**Segunda.** En tanto la violencia de género constituye una grave violación de los derechos humanos más elementales, las víctimas requieren una protección efectiva en los ámbitos privado y público y, por ende, también en materia de Seguridad Social. En el marco de las pensiones de viudedad, resulta esencial tener en consideración la situación de las víctimas de violencia de género tanto si concurre crisis matrimonial como si no concurre.

**Tercera.** El acceso a la pensión de viudedad en los casos de separación judicial o divorcio, regulado actualmente en el artículo 220.1 del TRLGSS, ha sido objeto de un claro retroceso tras la aprobación de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre. Así, para acceder a la pensión de viudedad en los supuestos de crisis matrimonial, se exige que las personas divorciadas o separadas judicialmente sean acreedoras de la pensión civil compensatoria y que la misma quede extinguida con el fallecimiento del causante.

**Cuarta.** La inclusión en el párrafo tercero del artículo 220.1 del TRLGSS de una alusión expresa a las víctimas de violencia de género se realizó a través la Ley 26/2009, de 23 de diciembre. Ante la ausencia inicial de una referencia explícita a las víctimas de violencia de género, debido a una incomprensible y criticable demora del legislador, algunos tribunales flexibilizaron de forma acertada los requisitos legales para otorgar a las víctimas una protección adecuada, mientras que otros se limitaron a realizar una interpretación estricta y literal de la norma. Sin embargo, dicha situación generaba una clara inseguridad jurídica.

<sup>97</sup> STSJ de Aragón, de 23 de mayo de 2012, núm. rec. 220/2012, Fundamento Jurídico Tercero. Asimismo, véanse CERVILLA GARZÓN, M.J.: *El derecho a la pensión de viudedad...*, *ob. cit.*, pp. 86-87 y MOLINS GARCÍA-ATANCE, J.: "Violencia de género y Seguridad Social...", *ob. cit.*, p. 122.

<sup>98</sup> STSJ de Andalucía, de 2 de mayo de 2013, núm. rec. 1180/2012, Fundamento Jurídico Segundo.

**Quinta.** En la actualidad, la violencia de género acreditada exige la exigencia de pensión compensatoria para acceder a la pensión de viudedad en los supuestos de separación judicial o divorcio. Resulta paradójico, sin embargo, la no inclusión en esta previsión de los casos de nulidad matrimonial, un olvido injustificado que requiere ser subsanado por el legislador.

**Sexta.** La vía excepcional contemplada en el artículo 220.1, párrafo tercero, del TRLGSS plantea algunos problemas interpretativos que deben ser atendidos por el legislador y por los tribunales en aras de adaptarlos a las circunstancias sociales actuales. Así, es necesario reflexionar sobre la legitimidad del ámbito subjetivo del precepto, en consonancia con la normativa internacional, y acerca del momento en el que debe acreditarse la existencia de violencia de género.

**Séptima.** El elemento instrumental propio de la vía excepcional, que exige acreditar la existencia de violencia de género, constituye un factor crucial para acceder a la pensión de viudedad en los supuestos de separación o divorcio. Por ello, resulta imprescindible que los tribunales integren la perspectiva de género en la valoración de los indicios de cada supuesto concreto.

# CAPÍTULO XVIII. LA ENFERMEDAD COMO ACCIDENTE DE TRABAJO. ESPECIAL ATENCIÓN A ENFERMEDADES CARDIOVASCULARES Y CONSECUENCIAS DE SU CALIFICACIÓN

MARÍA DEL CARMEN MACÍAS GARCÍA

Profesora (S.I.) de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social  
Universidad de Málaga

## I. CONFIGURACIÓN JURÍDICO LEGAL DE LA ENFERMEDAD COMO ACCIDENTE DE TRABAJO

La palabra accidente en una primera impresión nos lleva a pensar en una la existencia de una acción, súbita, violenta e inesperada producto de un elemento exterior<sup>1</sup> ejercido sobre el organismo humano, producida por un solo golpe quedando excluido de tal concepto las enfermedades. Sin embargo y según la redacción dada por la Ley de Accidentes de 1900<sup>2</sup> el concepto de accidente de trabajo se hace extensivo a determinados supuestos, pues la definición legal del accidente de trabajo como “lesión corporal” sin más especificaciones<sup>3</sup> ha permitido la extensión actual del concepto de accidente de trabajo a las enfermedades de etiología laboral<sup>4</sup>.

En palabras de D. Manuel Alonso Olea el término lesión sugiere inmediatamente, como primera idea, la de acción o irrupción súbita o violenta de un agente exterior o la conmoción inesperada de quien la sufre; efectivamente tal es el supuesto normal del accidente de trabajo. En cambio, parece excluir el deterioro lento y progresivo, aunque también traiga su causa de agentes exteriores; o, dicho de otra forma, el problema planteado por el término lesión era si la enfermedad podía ser constitutiva de la misma.

Ciertamente a raíz de la aprobación de la Ley de Accidentes del año 1900 se suscitó la duda sobre si la enfermedad en cuanto a deterioro lento y progresivo quedaba dentro o no del concepto de lesión, duda que quedo resuelta con la conocida sentencia del Tribunal Supremo del año 1903 en la cual quedaba declarado como accidente la enfermedad contraída por el trabajador en el desempeño de su trabajo, conocida como “enfermedad saturnina” consistente en la pérdida de visión del trabajador, abriendo así la posibilidad de considerar la enfermedad como lesión y por tanto accidente de trabajo al establecer en la misma *“ya que ésta (la Ley) no define el accidente con referencia a un suceso repentino más o menos importante, sino al hecho mismo constitutivo en sí de lesión”*<sup>5</sup>,

<sup>1</sup> Remigia Pellicer, V. D.; *“Infarto y accidente de trabajo”*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pág., 20.

<sup>2</sup> Publicada en la Gaceta Madrid nº 31 de fecha 31 de enero de 1900 Ley de accidentes de Trabajo de 1900.

<sup>3</sup> Como la necesidad de agente exterior súbito y violento.

<sup>4</sup> Martín Valverde, A.; *“El accidente de trabajo: formación y desarrollo de un concepto legal”* en AA.VV. en Cien años de seguridad social. Fraternidad-Muprespa. Madrid, 2000. pág. 23

<sup>5</sup> STS 17 de junio de 1903 *“Considerando que si bien no es dable confundir en modo alguno lo que es un accidente del trabajo con lo que constituye una enfermedad contraída en el ejercicio de una profesión determinada, cuando esta enfermedad no tiene una relación absoluta e inmediata con aquella profesión, sino que depende del agotamiento o desgaste natural de fuerzas empleadas en los trabajos a que el individuo se dedique, es, por el contrario, evidente que, siempre que la lesión a que se refiere el art. 1.º de la ley de 30 de Enero de 1900 sobrevenga de una manera directa e inmediata por consecuencia indudable del manejo de sustancias tóxicas, se encuentra de lleno comprendida en dicha ley, ya porque ésta no define el accidente con referencia a un suceso repentino más o menos imprevisto, sino al hecho mismo constitutivo en sí de la*

(...)

entendiendo a su vez que la enfermedad que “sobrevenga de una manera directa e inmediata por consecuencia indudable del manejo de sustancias tóxicas” está totalmente comprendida en el concepto de accidente de trabajo, en el caso en concreto la ceguera por saturnismo o intoxicación por plomo, que se produce en el taller de fundición de plomo<sup>6</sup>. De hecho, dicha sentencia es considerada por la doctrina científica el punto de partida de la protección de las enfermedades profesionales<sup>7</sup>.

Posteriormente a esta sentencia podemos encontrar otras resoluciones jurisprudenciales en la misma línea de la marcada por la sentencia de 1903 como es la recaída en 1913<sup>8</sup>, referida a la parálisis radical doble que sufre un trabajador en las manos causada por el trabajo constante del obrero en el oficio de pintor, apareciendo posteriormente multitud de pronunciamientos<sup>9</sup> sobre el mismo agente nocivo y su influencia en la aparición de la enfermedad y en consecuencia de su consideración de accidente laboral.

Sin embargo, pese a la sentencia de 1903, el 8 de julio de ese mismo año se publica por el Ministerio de Gobernación un Real Decreto<sup>10</sup> referente a la declaración de incapacidades por causa de accidente de trabajo, en el que a pesar de lo que reza en su exposición de motivos de “*respetarse los vigentes preceptos legislativos(...)*”, aparece una importante y notable cortapisa a la amplitud de la ley que se quería concretar, ya que queda limitada la fijación de incapacidades absolutas a las lesiones orgánicas o funcionales del cerebro y de los aparatos circulatorio y respiratorio, a que fueran “ocasionadas *directa e inmediatamente* por acción mecánica” del accidente y que se resultaran incurables<sup>11</sup>.

La extensión del concepto de accidente de trabajo a las enfermedades profesionales y a las enfermedades del trabajo fue obra de la jurisprudencia, que, desde las primeras sentencias<sup>12</sup> -como se ha visto- de aplicación de la Ley de accidentes de trabajo de 1900, optó de manera decidida por esta vía interpretativa. La doctrina judicial que considera como accidentes de trabajado a distintas enfermedades de etiología laboral estaba ya muy asentada desde la segunda década del siglo<sup>13</sup>. No obstante, el eco en la legislación de esta posición de la jurisprudencia tardaría en llegar. Salvo algún

---

*lesión, ya porque, dada la naturaleza de esta clase de accidentes en los establecimientos en que se emplean materias tóxicas o insalubres, sería por demás insólito que acaecieran repentinamente, como acontece en otras fábricas o talleres, o en los demás lugares donde los obreros ejecutan un trabajo manual por cuenta del patrono. Considerando, esto supuesto, que la lesión consistente en la pérdida completa de la vista que sufrió el operario Joaquín Julián Gracia, a consecuencia, según estima la Sala sentenciadora, de la intoxicación llamada saturnina, contraída con motivo de los trabajos que ejecutaba en la fábrica, no puede menos de calificarse como un accidente en el sentido de la ley citada, porque afectando a la integridad del organismo del individuo, le causó un daño o detrimento corporal, cuya responsabilidad alcanza a la Sociedad denominada "Acumulador Tudor", como consecuencia natural y próxima ó hecho inherente a la explotación industrial a que se dedica, en la que se emplean sustancias tóxicas” Rodríguez Navarro, M.; "Doctrina laboral del Tribunal Supremo", Aguilar, Madrid., 1954. pág. 95.*

<sup>6</sup> Reconociendo la importancia de esta sentencia Alonso Olea en “Alonso Olea, M., Tortuero Plaza, J.L.: “*Instituciones de Seguridad Social*”, Cívitas, 18ª ed., Madrid 2002. pág. 58.

<sup>7</sup> Hernáinz Márquez, M.: “*Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales*”, Revista de derecho privado, Madrid, 1953, pág. 485.

<sup>8</sup> STS 28 de julio de 1913 “*Ha sido jurisprudencia del Tribunal Supremo, repetida en múltiples sentencias y recientemente corroborada, que el mal padecido por un operario a consecuencia de la intoxicación saturnina, contraída con motivo del trabajo que ejecutó en fábrica o establecimiento donde se emplean sustancias tóxicas, no puede menos que calificarse como accidente del trabajo, siempre que este padecimiento haya sobrevenido, de manera directa o inmediata, a consecuencia de haberse ejecutado por cuenta del patrono, por cuya razón, en el caso actual, en que se acredita por modo suficiente que el mal fue considerado por el trabajo constante en el oficio de pintor del obrero demandante de cuarenta años, y que hasta el momento de caer enfermo siempre ha permanecido trabajando por cuenta del patrono, es de todo punto ineludible afirmar, como lo hace la sentencia, el carácter de accidente del trabajo de la lesión sufrida en las manos -parálisis radical doble-, y que en el fallo recurrido no se han infringido los arts. 1.º, 2.º, y 4.º de la indicada L.*” Rodríguez Navarro, M.; “*Doctrina Laboral...*” *op. cit.* pág. 97.

<sup>9</sup> Entre otros, STS de 6 abril de 1927 sobre cajista de imprenta que fallece por intoxicación saturnina. STS de 11 de mayo de 1927 sobre pintora en una fábrica de cerámica y caretas que fallece por la aparición de un cólico saturnino, todas ellas en Rodríguez Navarro, M.; “*Doctrina Laboral...*” *op. cit.* pág. 97 y 98.

<sup>10</sup> Gaceta nº 191 de 10 de julio de 1903.

<sup>11</sup> Remigia Pellicer, V.D., “*Infarto y accidente ...*” *op. cit.*, pág. 22.

<sup>12</sup> STS de 17 de junio de 1903.

<sup>13</sup> Se pueden ver en Rodríguez Navarro, M.; “*Doctrina Laboral...*”, *op. cit.* pág. 95 a 228.

apunte aislado y no particularmente significativo en el Código de Trabajo de 1926<sup>14</sup>, hay que esperar a la legislación de accidentes de los años treinta para encontrar referencias legales a la calificación como accidentes de trabajo de las enfermedades profesionales características, o de enfermedades comunes de posible etiología laboral como la insolación<sup>15</sup>.

Sería en el Reglamento de 31 de enero de 1933, el que pareció marcar el inicio de una tendencia y dicción legal más acorde con la doctrina jurisprudencial iniciada en 1903, cuando ya habla en su articulado de *"lesiones orgánicas o funcionales del corazón... ocasionadas por acción mecánica del accidente"*. Distinguiéndose además de sus precedentes legislativos en la separación que establecía en *"lesiones orgánicas y funcionales del cerebro y estados mentales crónicos, causados por el accidente... y lesiones orgánicas o funcionales de los aparatos digestivo y urinario (...)"* ambos tipos de lesiones también supeditados a la acción mecánica<sup>16</sup>.

## 1. EPISODIO CARDIOVASCULAR COMO LESIÓN CORPORAL

Desde la publicación de la Ley de Accidentes de 1900 y la ya nombrada Sentencia de 17 de junio de 1903, se empezó a considerar la enfermedad como lesión y por tanto como accidente, si bien la que podría ser considerada la primera sentencia<sup>17</sup> de nuestro Alto Tribunal referida a la lesión en el corazón como accidente de trabajo que produce el fallecimiento del obrero es de fecha 24 de noviembre de 1923.

*"El Tribunal del Jurado obró dentro de sus facultades al apreciar, como apreció en su veredicto, que a consecuencia del trabajo que realizaba el obrero cargando sacos de cemento sufrió una dilatación forzada del corazón, y, consiguientemente, colapso cardíaco que le produjo la muerte; y, por tanto, no es de apreciar error de hecho ni de derecho en el juzgador que, teniendo presente la afirmación anterior, declara que es un accidente de trabajo, por tratarse de una lesión corporal interna que no se hubiera producido sin los violentos esfuerzos del trabajo"*<sup>18</sup>.

Hasta mediados del siglo XX, nuestro Tribunal Supremo entendió como accidente de trabajo, la dilatación forzada del corazón en la ya nombrada Sentencia de 24 de noviembre de 1923, así como la Sentencia de 2 julio de 1948 que reconoce como accidente de trabajo un aneurisma en la arteria aorta<sup>19</sup>, igualmente Sentencia de 28 de abril de 1953 reconociendo como laboral el fallecimiento debido a la ruptura de la aorta y el hemo pericardio<sup>20</sup> y -entre otras- la de 23 de abril de 1941 por la cual se declara accidente de trabajo la muerte del obrero que se encontraba cargando bidones a causa de una hemorragia cerebral<sup>21</sup>.

Es de resaltar que fue con la Ley de Bases de 1963 y la Ley de Seguridad Social de 1966, donde con la introducción de la presunción contenida en su art. 84.6 -de creación jurisprudencial-, ocuparon apartado especial dentro de los manuales y tratados referentes a las contingencias

<sup>14</sup> Referido a la hernia de etiología laboral o la "hernia de fuerza" en los artículos 150 y 252 del Código de Trabajo de 1926.

<sup>15</sup> Martín Valverde, A. *"El accidente de trabajo..." op. cit.* pág.231.

<sup>16</sup> Remigia Pellicer, V.D., *"Infarto y accidente..." op. cit.* pág. 23.

<sup>17</sup> Martín Valverde, A.; *"El accidente de trabajo..." op. cit.* pág.235.

<sup>18</sup> Rodríguez Navarro, M *"Doctrina Laboral..." op. cit.* pág. 229.

<sup>19</sup> STS de 2 de julio de 1948 *"Aún reconocido en la S. recurrida que el marido de la demandante padecía un aneurisma en la arteria aorta, se afirma también que la rotura de ese aneurisma no fue natural, sino como consecuencia de una caída de la escalera en que trabajaba o de un esfuerzo realizado en el trabajo, y en ambos casos es manifiesta la relación de causalidad entre el trabajo que realizaba el obrero y el accidente sufrido, ya que este se produjo con ocasión por consecuencia del trabajo que efectuaba por cuenta ajena, que son las características exigidas por la L. para la clasificación del accidente como indemnizable; y como esas afirmaciones de hecho de la S. recurrida no se combaten(...)"*. *Ibidem, op. cit.* pág. 229.

<sup>20</sup> STS de 28 de abril de 1953 *"(...) se declara como hecho probado que los facultativos que practicaron la autopsia dictaminaron que al realizar durante el trabajo el esfuerzo de llevar la escalera de mano, junto con el de descender unos peldaños, se produjo una brusca hipertensión vascular, dando por resultado la ruptura de la aorta y el hemo pericardio, que dieron lugar a la muerte; por lo que la ruptura de aorta no fue natural ni hecho aislado e independiente de la labor del obrero, sino consecuencia y derivación de aquel esfuerzo realizado en el trabajo que como albañil prestaba(...)"*. *Ibidem op, cit,* pág. 229.

<sup>21</sup> STS de 23 de abril de 1941 *"Declarada probada la ocurrencia de la afección productora de la muerte del obrero -carrero que, al cargar su carro con bidones de aceite, al intentar poner en pie un bidón de ellos se le produjo una hemorragia cerebral, de la que falleció- "con ocasión" del trabajo que realizaba, y pues tal declaración ha de subsistir -no impugnada en forma adecuada-, no puede negarse su carácter de indemnizable"*. *Ibidem, op. cit.* pág. 65.

profesionales el infarto de miocardio y otras enfermedades de aparición súbita y violenta (trombosis, hemorragias cerebrales y similares), donde su consideración específica como accidentes de trabajo comenzó a plantearse especialmente a partir de los años 70 y conviene recordar de nuevo que con dicha presunción se suaviza por parte del Tribunal Supremo la exigencia de una fuerza lesiva.

## II. APROXIMACIÓN AL INFARTO DE MIOCARDIO

Sin ánimo ni pretensión de realizar una descripción médica del infarto de miocardio si parece oportuno detenerse en los factores que provocan o que influyen la aparición de esta patología cardiovascular.

Según la definición de la Organización Mundial de la Salud, las enfermedades cardiovasculares (ECV) son un conjunto de trastornos del corazón y de los vasos sanguíneos y son la principal causa de defunción en todo el mundo<sup>22</sup>.

Las ECV son un grupo de desórdenes del corazón y de los vasos sanguíneos, entre los que se incluyen:

- La cardiopatía coronaria: enfermedad de los vasos sanguíneos que irrigan el músculo cardiaco;
- Las enfermedades cerebrovasculares: enfermedades de los vasos sanguíneos que irrigan el cerebro;
- Las arteriopatías periféricas: enfermedades de los vasos sanguíneos que irrigan los miembros superiores e inferiores;
- La cardiopatía reumática: lesiones del músculo cardiaco y de las válvulas cardíacas debidas a la fiebre reumática, una enfermedad causada por bacterias denominadas estreptococos;
- Las cardiopatías congénitas: malformaciones del corazón presentes desde el nacimiento; y
- Las trombosis venosas profundas y embolias pulmonares: coágulos de sangre (trombos) en las venas de las piernas, que pueden desprenderse (émbolos) y alojarse en los vasos del corazón y los pulmones.

Los ataques al corazón y los accidentes vasculares cerebrales (AVC) suelen ser fenómenos agudos que se deben sobre todo a obstrucciones que impiden que la sangre fluya hacia el corazón o el cerebro. La causa más frecuente es la formación de depósitos de grasa en las paredes de los vasos sanguíneos que irrigan el corazón o el cerebro. Los AVC también pueden deberse a hemorragias de los vasos cerebrales o coágulos de sangre. Los ataques cardíacos y AVC suelen tener su causa en la presencia de una combinación de factores de riesgo, tales como el tabaquismo, las dietas malsanas y la obesidad, la inactividad física, el consumo nocivo de alcohol, la hipertensión arterial, la diabetes y la hiperlipidemia.

El infarto se produce por una oclusión parcial o total del flujo sanguíneo en las arterias coronarias y que provoca la muerte de las células musculares del corazón debido a la falta de aporte sanguíneo. Dicho taponamiento se produce de forma progresiva, durante años, que se muestra en la edad adulta de forma súbita, provocada en un 95 % de los casos por la aterosclerosis, patología que a tenor de la literatura médica es la situación final de un proceso gradual que comienza en la edad pediátrica<sup>23</sup>.

La mayoría de las ECV están causada por factores de riesgo modificables, es decir, que pueden ser controlados, tratados o modificados. Entre estos factores están el consumo de tabaco, la falta

<sup>22</sup> <http://www.who.int/mediacentre/factsheets/fs317/es/>

<sup>23</sup> Sánchez Pérez, J.; *“Los riesgos psicosociales en el ámbito laboral: una visión global y práctica”*. Comares, Granada, 2016. pág. 59.

de actividad física, el sobrepeso/ obesidad, la presión arterial alta, el colesterol elevado y la diabetes; además, hay otros factores para tener en cuenta a la hora de afrontar las enfermedades cardiovasculares, como son: la edad, el sexo y los antecedentes familiares.

También es importante considerar las condiciones de trabajo que pueden favorecer e influir en el desarrollo de patología cardiovascular, como pueden ser los factores psicosociales, concretamente el estrés, que si se sufre de una forma intensa y continuada, puede provocar problemas de salud<sup>24</sup>.

En la actualidad y sin dejar de lado el esfuerzo físico, existe una creciente tendencia a considerar el estrés como un factor de riesgo adicional en la ocurrencia de las enfermedades cardiovasculares.

Físicamente el estrés principalmente el estrés crónico, está relacionado con el incremento del ritmo cardíaco y de la presión arterial, además, el estrés afecta al comportamiento, y puede incrementar las conductas de riesgo, como en un incremento en el consumo de tabaco, aun mayor consumo de alcohol, a la inactividad física, e incluso a adoptar malos hábitos alimenticios, todos ellos factores de riesgo en la incidencia de ECV<sup>25</sup>.

## 1. INFARTO DE MIOCARDIO Y SU CONSIDERACIÓN COMO ACCIDENTE DE TRABAJO

Hay que diferenciar el infarto de miocardio como una enfermedad específica dentro del género de las enfermedades del corazón, discriminación que resulta importante en tanto que es la patología que goza de la presunción de accidente de trabajo es el infarto de miocardio, y, por asimilación, la angina de pecho y los accidentes cerebrovasculares cuya manifestación externa se produce de forma súbita y violenta<sup>26</sup>.

Dicha diferencia es importante ya que no gozan de la presunción de laboralidad aquellas patologías de tipo congénito -que provocan la muerte repentina del trabajador- confusión que se produce con frecuencia en distintos ámbitos, incluidos el jurídico, por lo que es muy importante un diagnóstico certero de la enfermedad.

El Tribunal Supremo en sentencia de 1984<sup>27</sup> no ha considerado accidente de trabajo el paro cardíaco que provoca la muerte a ingeniero industrial que fallece tras la visita a un central nuclear estableciendo que “si un trabajador sufre un paro cardíaco que, en definitiva, es el final de un proceso que puede responder a múltiples etiologías, a consecuencia del edema agudo de pulmón originado, a su vez, por la valvulopatía citada de origen reumático y habitual en la infancia o juventud, de ninguna manera puede hablarse de accidente de trabajo”, y que un paro cardíaco no es equiparable a infarto de miocardio y que no se puede considerar accidente de trabajo cualquier fallecimiento de trabajador que se encuentre desarrollando sus funciones.

En sentido similar otra sentencia del Supremo<sup>28</sup> en la que también aparece una patología formada en la juventud razonando que “esa condición de dolencia congénita que en principio ofrece ya una primera aproximación para estimar que no tenía relación con el trabajo y que podría haberse producido el desvanecimiento en cualquier lugar, es preciso conectarla además con el hecho admitido de que el trabajador no realizó ningún esfuerzo, ninguna actividad que pudiera vincularse con la rotura del vaso afectado”.

Así mismo la sentencia del Tribunal Supremo<sup>29</sup> no otorga la calificación de laboral a una malformación vascular que padece el trabajador la cual constituye una malformación congénita que puede manifestarse en cualquier parte del sistema nervioso y resulta independiente de factores exógenos. Razona que “(...) la condición de dolencia congénita evidencia que su génesis ninguna relación guarda

<sup>24</sup> Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo “Factores de riesgo de enfermedades cardiovasculares en la población trabajadora según la Encuesta Nacional de Salud 2011/2012”. Madrid, noviembre 2015. pág.4.

<sup>25</sup> *Ibidem*, pág. 7.

<sup>26</sup> Sánchez Pérez, J.; “La configuración jurídica del accidente de trabajo”, Laborum, Murcia. 2013, pág. 291.

<sup>27</sup> STS de 4 abril 1984. (RJ) 2035).

<sup>28</sup> STS de 3 de noviembre de 2003 (RJ) 9507).

<sup>29</sup> STS de 16 de diciembre de 2005 (RJ) 445).

*con el trabajo y, declarándose probado que tal enfermedad es independiente de factores exógenos, la crisis que supuso el nuevo episodio vertiginoso, que desencadenó la nueva situación, pudo haberse producido en cualquier otro momento y lugar (...)*”.

En sentido contrario si ha estimado nuestro Alto Tribunal<sup>30</sup> la consideración de accidente laboral el sufrido por un trabajador que prestaba sus servicios para una asesoría laboral y que tras un largo día de trabajo en el que se había desplazado a dos municipios, sufre al llegar a su casa un infarto de miocardio, el cual había sido diagnosticado años antes de una insuficiencia coronaria grave la cual no le impedía desarrollar su trabajo, así mismo que “(...) *la especial tensión emocional de la jornada del día del óbito -16 diciembre 1974- consiguiente a los numerosos paros laborales que existieron tal día en Navarra y Guipúzcoa, señala que es claro que el mal estado de su corazón, la fuerte tensión a que estuvo sometido y la dilatada y fatigosa jornada de trabajo, produjeron o al menos desencadenaron el infarto(...)*”.

De forma más reciente cabe resaltar el pronunciamiento del Tribunal Supremo<sup>31</sup> calificando como laboral el infarto sufrido por un trabajador, que sufría una cardiopatía isquémica y se le había realizado un triple bay-pass, cuyos síntomas se manifiestan durante toda la mañana y que la causa la muerte mientras se encuentra en el gimnasio y cuyo análisis desarrollaremos en el último apartado.

El Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en su reciente sentencia de 1 de junio de 2017<sup>32</sup>, ha considerado el estrés como causante de un accidente de trabajo. Es preciso aclarar que se trataba de una trabajadora que prestaba sus servicios como directora de fábrica, la cual padecía un estrés laboral crónico, como consecuencia de la forma en que desempeñaba su actividad laboral, siempre de forma exhaustiva, autoexigente y con gran responsabilidad, y que había permanecido un largo periodo de tiempo en situación de incapacidad temporal<sup>33</sup> habiéndole sido reconocida una incapacidad permanente total. El estrés que es considerado como un factor de riesgo en la producción del infarto de miocardio, en el supuesto en concreto tiene la calificación de accidente sin necesidad de producir o desarrollar una patología de carácter cardio o cerebro vascular.

Esta sentencia provoca una interesante reflexión<sup>34</sup>, que nosotros compartimos y que a poco que se considere la noción de estrés como patología susceptible de tratamiento, es decir, como enfermedad, no porque pudiera serlo profesional, dado nuestro sistema de lista –cerrada aunque expansiva– para el establecimiento del cuadro de las enfermedades profesionales de cada actividad, art. 157 de la Ley General de Seguridad Social<sup>35</sup> (LGSS), sino dada la jurisprudencia que incluye en la presunción general de accidente de trabajo del artículo 156.3 LGSS las enfermedades como se desprende de la sentencia del Tribunal Supremo 18 octubre 1996<sup>36</sup> y las que cita y la más moderna de 18 marzo 1999<sup>37</sup>, referidas al supuesto de infarto de miocardio, desde luego con una relación de causalidad con el trabajo al menos tan dudosa –o tan poco dudosa– como la del denominado estrés, que por cierto se ha utilizado en ocasiones como elemento significativo para considerar el infarto u otras patologías o sucesos como accidente de trabajo o no.

<sup>30</sup> STS de 10 noviembre 1981 (RJ 4396).

<sup>31</sup> STS 1245 de 20 de marzo de 2018. (RCUD 2942/2016).

<sup>32</sup> TSJ de Andalucía de 1 de junio de 2017 (JUR 212917).

<sup>33</sup> Sobre la situación de incapacidad, resulta recomendable el trabajo realizado por Gómez Salado, M. Á.: «Discapacidad, incapacidad temporal duradera y discriminación: ¿Es nulo el despido de un trabajador en situación de incapacidad temporal?», Revista de Derecho de la Seguridad Social, núm. 14, 2018, págs. 69-90.

<sup>34</sup> Rabanal Carbajo, P.; “*Accidente de trabajo. El estrés como “factor de riesgo”* Aranzadi Instituciones. BIB 2000/162.

<sup>35</sup> Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social. BOE núm. 261, de 31/10/2015.

<sup>36</sup> STS 18 octubre 1996 (RJ 7774).

<sup>37</sup> STS de 18 marzo 1999 (RJ 3006).



## 2. NEXO CAUSAL DEL INFARTO DE MIOCARDIO CON EL ACCIDENTE DE TRABAJO

La amplia y uniforme jurisprudencia que ha venido ofreciendo el Tribunal Supremo ratifica la tesis de que un accidente cardiovascular en lugar y en tiempo de la prestación de los servicios constituyen un accidente de naturaleza laboral<sup>38</sup>.

Así es considerado en la Sentencia de 23 de Julio de 1999 *como una enfermedad de súbita aparición y desenlace*<sup>39</sup> o como establece la Sentencia de 27 de diciembre de 1995 *enfermedad o alteración del proceso vital que puede surgir en el trabajo causada por agentes patológicos internos o externos*<sup>40</sup>.

De este modo, la presunción de laboralidad ha sido aplicada a las enfermedades cardiacas que se han manifestado en tiempo y lugar de trabajo<sup>41</sup>, como recoge la sentencia del Tribunal Supremo de 14 de julio de 1997<sup>42</sup>. que viene a señalar que no es descartable la influencia de los factores laborales en la aparición y manifestación de una crisis cardíaca y que y no menos importante *las lesiones cardíacas no son por sí mismas extrañas a las relaciones causales de carácter laboral*.

Las verdaderas dificultades aparecen a la hora de determinar la causalidad, esto es, a la hora de relacionar el infarto con el trabajo desarrollado<sup>43</sup> y que fundamentalmente se basan en el esfuerzo realizado por el trabajador o el estrés al que está sometido en su actividad laboral, como veremos a continuación.

En la ya nombrada STS de 24 noviembre de 1923 para la calificación de dicho accidente como laboral, el primer elemento usado fue considerar que la realización de esfuerzos en el trabajo pudiera constituir el desencadenante del infarto, factor -el esfuerzo- que sigue siendo utilizado por nuestro Alto Tribunal para otorgar la condición de profesional en multitud de procesos<sup>44</sup>.

Aquí entra en juego el segundo, y más importante, factor de riesgo que lleva a establecer la presunción a favor de la contingencia profesional del infarto de miocardio: el estrés, constituyendo éste el argumento fundamental que lleva a la doctrina jurisprudencial a pronunciarse a favor de la presunción de laboralidad del infarto, cuando se produce en tiempo y lugar de trabajo, ya que prácticamente no existe actividad laboral que esté exenta de niveles de exigencia y de rendimiento que puedan ser susceptibles de provocar este factor de riesgo<sup>45</sup>.

De hecho, en la práctica resultan inviables los intentos de desvirtuar la calificación del infarto producido en tiempo y lugar de trabajo como contingencia profesional, incluso en los supuestos en que se pueda dejar acreditado que el trabajador era un paciente de grave riesgo coronario al padecer todas o casi todas las enfermedades que predisponen su aparición (hipertensión, colesterol, obesidad, tabaquismo, etc...) como recoge la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de marzo de 1999<sup>46</sup> *“presentar el actor antecedentes de tabaquismo e hiperlipemia, puesto que esa situación tóxica y*

<sup>38</sup> STS 26 de abril de 2016 (RJ2131); *“La presunción legal del art. 115.3 de la LGSS entra en juego cuando concurren las dos condiciones de tiempo y lugar de trabajo, «lo que determina, por su juego, que al demandante le incumbe la prueba del hecho básico de que la lesión se produjo en el lugar y en tiempo de trabajo; mas con esa prueba se tiene por cierta la circunstancia presumida y quien se oponga a la aplicación de los efectos de la presunción tendrá que demostrar la falta de conexión entre el hecho dañoso y el trabajo”*.

<sup>39</sup> STS 23 de julio de 1999. (RJ 6841).

<sup>40</sup> STS 27 de diciembre de 1995 (RJ 9846).

<sup>41</sup> Monereo Pérez y Fernández Avilés llaman la atención acerca de cómo se derivan de esta presunción incertezas aplicativas si se conectan con los cambios derivados de las nuevas formas de organización en el trabajo relativas al elemento locativo o temporal. En el caso de las enfermedades cardiovasculares se presenta la especial dificultad de que la carga de las conductas personales y colectivas (tabaquismo, obesidad, sedentarismo, hipertensión arterial, etc.) queda mezclada con los factores biológicos que determinan finalmente la enfermedad, así como con los vinculados con el trabajo (esfuerzo y estrés). Sánchez Pérez, J.; *“La configuración jurídica...”*, op. cit. pág. 297.

<sup>42</sup> STS de 14 de julio de 1997 (RJ 6267).

<sup>43</sup> Sánchez Pérez, J., *“La configuración jurídica...”*, op. cit. pág. 297.

<sup>44</sup> STS de 26 de abril de 2016 (RJ 2131) y en el mismo sentido STS 14 de marzo de 2012 (RJ 4702). *“La presunción ha operado fundamentalmente en el ámbito de las lesiones cardíacas, en el que, aunque se trata de enfermedades en las que no puede afirmarse un origen estrictamente laboral, tampoco cabe descartar que determinadas crisis puedan desencadenarse como consecuencia de esfuerzos o tensiones que tienen lugar en la ejecución del trabajo”*.

<sup>45</sup> Sánchez Pérez, J., *“La configuración jurídica...”*, op. cit. pág. 298.

<sup>46</sup> STS de marzo de 1999 (RJ 3006).

*presentar colesterol, sin determinarse por otro lado en qué intensidad, son situaciones frecuentísimas en personas de determinada edad, constituyendo simplemente factores de riesgo que no impedian al trabajador sus tareas”, en el mismo sentido Sentencia de 18 de diciembre 2003<sup>47</sup> y sentencia de 23 de noviembre de 1999<sup>48</sup>.*

De este modo, para concretar esa relación directa hemos de partir de la presunción de laboralidad de las lesiones corporales que un trabajador sufre en el lugar y en el tiempo de trabajo, a tenor del artículo 115.3 Ley General de Seguridad Social. Se trata de una presunción *iuris tantum*, es decir, que admite prueba en contrario, si bien el intento de destruir la presunción determinando la causa desencadenante final del infarto en tiempo y lugar de trabajo se configura como una auténtica prueba diabólica prácticamente inabordable. De esta manera todo infarto que se produzca en el lugar de prestación de servicios y durante el transcurso de la jornada laboral debe ser considerado como accidente de trabajo<sup>49</sup>.

Esta prueba en contrario corresponde demostrarla a quien plantee que el accidente no guarda relación con el trabajo, aunque se haya producido en lugar y tiempo de trabajo, de modo que establece la posibilidad de acreditar que el trabajo no tiene nada que ver con la lesión.

Esta presunción legal no es absoluta, sino relativa, de forma que permite demostrar que esa conclusión no es cierta, pero sólo si queda acreditado cumplidamente en el proceso que el trabajo nada tuvo que ver en la lesión, circunstancia que se suele confundir con frecuencia en sede judicial cuando a través de las demandas interpuestas se plantea que el trabajo desempeñado no exigía la realización de esfuerzos físicos notables<sup>50</sup>, o que existía una patología de riesgo previa<sup>51</sup>, o que el interesado no se encontraba sujeto a una gran tensión, planteamientos todos ellos que, en modo alguno, sirven para destruir la presunción de laboralidad<sup>52</sup>. Tal y como viene estableciendo la doctrina del Tribunal Supremo como en la sentencia de 18 de diciembre de 2013; “(...) *la presunción no se excluye porque se haya acreditado que el trabajador padeciera la enfermedad con anterioridad o porque se hubieran presentado síntomas antes de iniciarse el trabajo (...)*”<sup>53</sup>.

Sobre la base de los fundamentos expuestos, el iter interpretativo que lleva a cabo el Tribunal Supremo para identificar la lesión cardíaca cuando se produce en lugar y tiempo de trabajo como un accidente de trabajo viene definida por la secuencia argumental que aparece detallada en la sentencia de fecha 27 de septiembre de 2007<sup>54</sup>, y en la de fecha 18 diciembre de 2013<sup>55</sup>, entre otras, quedando de la siguiente forma;

- La presunción establecida en el art. 156.3 de la vigente Ley General de la Seguridad Social se refiere no sólo a los accidentes en sentido estricto o lesiones producidas por la acción súbita y violenta de un agente exterior, sino también a las enfermedades o alteraciones de los procesos vitales que pueden surgir en el trabajo.
- Para la destrucción de la presunción de laboralidad de la enfermedad surgida en el tiempo y lugar de prestación de servicios, la jurisprudencia exige que la falta de relación entre la lesión padecida y el trabajo realizado se acredite de manera suficiente, bien porque se trate de enfermedad que por su propia naturaleza descarta o excluye la acción del trabajo como factor determinante o desencadenante, bien porque se aduzcan hechos que desvirtúen dicho nexo causal.
- La presunción no se excluye porque se haya acreditado que el trabajador padeciera la enfermedad con anterioridad o porque se hubieran presentado síntomas antes de

<sup>47</sup> STS de 18 de diciembre de 2013 (RJ 8476); “*fumador de un paquete de tabaco al día*”.

<sup>48</sup> STS de 23 de noviembre 1999 (RJ 9341); “*tabaquismo*”.

<sup>49</sup> Sánchez Pérez, J., “*La configuración jurídica...*”, *op. cit.* pág. 299.

<sup>50</sup> STS de 15 de febrero de 1996 (RJ 1022) “*es evidente que las tareas de gran esfuerzo físico que realizaba el actor -ayudante de almacén- en el momento de sufrir el infarto, coadyuvaron decisivamente a su aparición.*”

<sup>51</sup> STS 6971 de 20 de octubre de 2009 “*no rompiendo tampoco el padecimiento anterior de una patología coronaria la presunción*”.

<sup>52</sup> Sánchez Pérez, J., “*La configuración jurídica...*”, *op. cit.* pág. 299.

<sup>53</sup> STS de 18 de diciembre de 2013 (RJ 8476).

<sup>54</sup> STS 23 de julio de 1999 (RJ 6841).

<sup>55</sup> STS de 18 de diciembre de 2013 (RJ 8476).

iniciarse el trabajo, porque lo que se valora a estos efectos no es, desde luego, la acción del trabajo como causa de la lesión cardíaca, lo que no sería apreciable en principio dada la etiología común de este tipo de lesiones. Lo que se valora es la acción del trabajo en el marco del artículo 115.2.f) de la LGSS como factor desencadenante de una crisis, que es la que lleva a la situación de necesidad protegida; y esta posible acción del trabajo se beneficia de la presunción legal del art. 115.3 y no puede quedar excluida solo por la prueba de que la enfermedad se padecía ya antes; pues, aunque así fuera, es la crisis y no la dolencia previa la que hay que tener en cuenta a efectos de protección.

Por lo que se refiere a la interesante cuestión sobre la aparición de los síntomas que se inician antes del comienzo de la jornada laboral resaltar que no excluye la calificación de laboral si el infarto se produce en tiempo y lugar de trabajo *“el trabajador perdió el conocimiento cuando estaba sentado en su trabajo, cayendo al suelo, por lo que fue trasladado al Servicio de Urgencias del Hospital, donde, tras haberle sido diagnosticado infarto cardíaco. Consta igualmente que dicho trabajador había tenido la noche anterior «dolor retroesternal alto y disnea»<sup>56</sup>.*

O trabajador que *“presta sus servicios como comercial se encontraba en la empresa entregando material necesario para la obra y, al encontrarse mal con sudoración y malestar general, tras dicha visita, en lugar de continuar con la siguiente visita que era a otra empresa, se fue a urgencias del Hospital Clínico, donde ingresó a las 7,49 horas. El actor presentaba desde las 6 horas dolor de tipo anginoso<sup>57</sup>”.*

Más recientemente sentencia del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 2016 <sup>58</sup>, se trata de un trabajador que, antes de ser diagnosticado de infarto, tuvo alguna manifestación de la dolencia, sin que tal síntoma le impidiera acudir a trabajar, siendo durante el desempeño del trabajo que se manifestó el episodio determinante del diagnóstico de sus padecimientos. La situación de incapacidad no se inicia hasta ese diagnóstico motivado por el episodio que les obligó a acudir de modo urgente al médico.

### III. CONSECUENCIAS JURÍDICO-LABORALES DE LA CALIFICACIÓN

Nuestro sistema de Seguridad Social se basa en la clara distinción de dos situaciones protegidas, las derivadas del trabajo y las que no, es decir encontramos contingencias profesionales, que recogen el accidente de trabajo y la enfermedad profesional, y las contingencias comunes, que engloba el accidente no laboral y la enfermedad común.

La doble distinción accidente de trabajo o común y enfermedad profesional o común sigue presentando especial relieve en el sistema de Seguridad Social. Ciertamente, aunque las divergencias sean evidentes, algunas reglas han aproximado su régimen jurídico en cuanto a la protección social. En tal sentido, el régimen de prestaciones de las contingencias profesionales siempre -en extensión e intensidad- han actuado como ideal o paradigma de cobertura al que habría de acercarse la tutela de las contingencias no profesionales, produciéndose una tendencia hacia su igualación, pero la diferenciación aún conserva plena vigencia en diversas y relevantes

<sup>56</sup> STS de 23 de enero de 1998 RCU 979/1997 *“para desvirtuar la presunción de laboralidad de una enfermedad de trabajo no es bastante que se hubieran producido síntomas de la misma (“dolor retroesternal opresivo que se irradiaba a cuello y brazo izquierdo”, en el caso) en fechas o momentos inmediatamente precedentes al episodio de infarto agudo”.*

<sup>57</sup> STS de 11 junio 2007 (RJ 6630). *“La presunción no se excluye porque se haya acreditado que el trabajador padecía la enfermedad con anterioridad o porque se hubieran presentado síntomas antes de iniciarse el trabajo, porque lo que se valora a estos efectos no es, desde luego, la acción del trabajo como causa de la lesión cardíaca, lo que no sería apreciable en principio dada la etiología de este tipo de lesiones, sino su actuación en el marco del artículo 84.2.f) de la Ley General de la Seguridad Social como factor desencadenante de una crisis, que es la que lleva a la situación de necesidad protegida y esta posible acción del trabajo se beneficia de la presunción y no puede quedar excluida por la prueba de que la enfermedad se padecía ya, pues, aunque sea así, es la crisis la que hay que tener en cuenta a efectos de protección”.*

<sup>58</sup> STS de 8 de marzo de 2016 (RJ 965). *“Esta Sala IV del Tribunal Supremo ha aplicado la presunción, no solo en el caso ya señalado de la sentencia de contraste, sino también en otro supuesto análogo, el que fue resuelto por nuestra STS/4ª de 18 diciembre 2013 (rcud. 726/2013), en el que se concluía que estábamos ante un accidente de trabajo, aunque existieran antecedentes. Se trataba allí de un infarto en tiempo y lugar de trabajo de quien había presentado un episodio de dolor en la noche en casa, repitiéndose el mismo con más fuerza en el lugar de trabajo”.*

manifestaciones. Ésta es la causa fundamental del extraordinario número de litigios sobre la determinación de la contingencia. Los costes de esta litigiosidad no suelen valorarse<sup>59</sup>.

Tanto es así que la LGSS establece de forma clara la definición y consideración de los supuestos de accidente de trabajo y asimilaciones, así como de la enfermedad profesional, haciendo una definición negativa o por exclusión de las contingencias comunes, al establecer que tendrán tal consideración las no recogidas en las definiciones anteriores, lo que viene a poner de manifiesto la importancia que da nuestro sistema a la reparación del daño en el ámbito profesional y que se muestra como eje básico del sistema y que además condiciona la consideración y diferente cobertura de las contingencias comunes y profesionales.

El artículo 157 del referido Real Decreto Legislativo 8/2015, define la enfermedad profesional como la contraída a consecuencia del trabajo ejecutado por cuenta ajena en las actividades que se especifiquen en el cuadro que se apruebe por las disposiciones de aplicación y desarrollo de esta ley, y que esté provocada por la acción de los elementos o sustancias que en dicho cuadro se indiquen para cada enfermedad profesional.

El artículo 156 de la misma LGSS, define el accidente de trabajo como toda lesión corporal que el trabajador sufra con ocasión o por consecuencia del trabajo que ejecute por cuenta ajena, concepto que apenas ha sufrido variación desde su redacción en el año 1900, incluyendo precisiones y ampliaciones del concepto -muchas de ellas de dichas ampliaciones de carácter jurisprudencial- y ampliando dicho concepto en relación con las enfermedades relacionadas con en el trabajo en los puntos:

Las enfermedades, no incluidas en el artículo siguiente, que contraiga el trabajador con motivo de la realización de su trabajo, siempre que se pruebe que la enfermedad tuvo por causa exclusiva la ejecución de este.

Las enfermedades o defectos, padecidos con anterioridad por el trabajador, que se agraven como consecuencia de la lesión constitutiva del accidente.

Las consecuencias del accidente que resulten modificadas en su naturaleza, duración, gravedad o terminación, por enfermedades intercurrentes, que constituyan complicaciones derivadas del proceso patológico determinado por el accidente mismo o tengan su origen en afecciones adquiridas en el nuevo medio en que se haya situado el paciente para su curación.

Se presumirá, salvo prueba en contrario, que son constitutivas de accidente de trabajo las lesiones que sufra el trabajador durante el tiempo y en el lugar del trabajo.

Sin embargo, en el art. 158 LGSS, a la hora de definir el accidente no laboral y la enfermedad común lo realiza de forma muy concisa de la siguiente forma:

Se considerará accidente no laboral el que, conforme a lo establecido en el art. 156 LGSS, no tenga el carácter de accidente de trabajo.

Se considerará que constituyen enfermedad común las alteraciones de la salud que no tengan la condición de accidentes de trabajo ni de enfermedades profesionales, conforme a lo dispuesto, respectivamente, en los apartados 2.e), f) y g) del artículo 156 y el art 157 LGSS, respectivamente.

Las contingencias comunes que son objeto de protección por el sistema de Seguridad Social precisan un periodo de cotización o carencia de forma previa al acceso a la prestación, estar de alta en el sistema y, solo se incluyen prestaciones por incapacidad y no son revisables tras jubilación.

El régimen de protección que nuestro sistema de Seguridad Social dispensa a las contingencias profesionales otorga una serie de particularidades y ventajas de diversa índole.

Esta diferenciación según la naturaleza del riesgo que origina la situación de necesidad determina un distinto tratamiento de ésta, al gozar las contingencias profesionales de una posición especial y favorecida respecto a las contingencias comunes.

<sup>59</sup> Monereo Pérez, J.L.; y Fernández Avilés, J.A.; "Determinación de contingencias de la Seguridad Social". BIB 2008\3064. Revista Doctrinal Aranzadi, núm. 19/200820/2008, pág. 13.

Dicha protección más meritoria para el beneficiario se traduce, básicamente y de manera no exhaustiva, en los siguientes aspectos<sup>60</sup>:

La acción protectora para las contingencias profesionales es superior en sentido material: prestaciones especializadas, indemnizaciones por lesiones permanentes no invalidantes, la existencia de períodos de observación y baja preventiva en caso de enfermedad profesional, indemnizaciones a tanto alzado por fallecimiento, criterios de cálculo de prestaciones más beneficioso, (inclusión de las horas extraordinarias en la base de cotización), etc.;

Reglas especiales de financiación y aseguramiento (asunción plena de la cotización por el empresario), y de responsabilidad (recargo de prestaciones);

Se atenúan los requisitos de acceso a las prestaciones (principio de automaticidad plena -alta de pleno derecho-, no exigencia de períodos de carencia);

Además, disponen de un sistema de gestión segregado, pues cabe la posibilidad de concertar su cobertura bien con el INSS o bien a través de entidades especializadas, las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales.

La intensidad de la acción protectora es, en conjunto, mayor en el supuesto de las contingencias profesionales que en el de las comunes. Ello explica la intensa litigiosidad sobre la calificación del evento determinante de la protección, al objeto de conseguir la cualificación de profesional y obtener los beneficios de su protección privilegiada.

También explica la intensa expansión del concepto de accidente de trabajo a eventos que no siempre guardan una conexión causal clara y nítida con eventos derivados de la prestación de servicios.

Por otra parte, ha sido precisamente la subsistencia de ese régimen diferenciado y privilegiado para las contingencias profesionales lo que ha generado toda una serie de modificaciones legislativas y doctrinas jurisprudenciales que tienden a atraer supuestos de accidentes o enfermedades comunes bajo la cobertura del régimen de accidentes de trabajo (la actual redacción del art. 156 LGSS, que conceptualiza el accidente de trabajo es una buena prueba de ello<sup>61</sup>).

Es preciso analizar en este momento la reciente sentencia de 20 de marzo del Tribunal Supremo<sup>62</sup> -nombrada anteriormente- que resuelve el supuesto de la petición de la viuda como profesional de la dolencia cardíaca que supuso el fallecimiento de su marido mientras se encontraba haciendo deporte en el gimnasio que facilitaba la empresa y cuyos síntomas se inician durante y en la jornada laboral, aunque el desenlace se produce una vez terminada la misma. Hemos de resaltar algunas de las apreciaciones jurisprudenciales dictadas y referenciadas en la sentencia y que vienen a asentar algunas cuestiones a la hora de tener en cuenta la calificación como común o profesional de un infarto de miocardio;

- Se reputa accidente laboral la enfermedad surgida en el tiempo y lugar de trabajo; esa presunción no se destruye por el simple hecho de haber padecido molestias en momentos o fechas anteriores al infarto<sup>63</sup>.
- La presunción de laboralidad no decae como consecuencia de que el trabajador afectado por la lesión cardiovascular tuviera antecedentes de tipo cardíaco o coronario, o de tabaquismo o hiperlipemia. Así lo sostienen numerosas sentencias del Tribunal Supremo<sup>64</sup>.

<sup>60</sup> Monereo Pérez, J.L.; y Fernández Avilés, J.A.; “Determinación de contingencias...”, *op. cit.* pág. 13.

<sup>61</sup> *Ibidem*, pág.14.

<sup>62</sup> STS 1245 de 20 de marzo de 2018. (RCUD 2942/2016).

<sup>63</sup> STS 18 diciembre 2013 (Rec. 726/2013) y STS 8 marzo 2016 (Rec. 644/2015).

<sup>64</sup> STS de 20 octubre 2009 (rec. 1810/2008), STS de 23 noviembre 1999 (rec.2930/1998), y STS de 26 abril 2016 (rec. 2108/2014).

Nuestra doctrina presta especial importancia al momento en que aparecen los síntomas de la dolencia; si concurren los presupuestos para que opere la laboralidad se mantiene esta calificación, aunque la crisis real acaezca con posterioridad.

De forma concreta en este caso entiende que, en línea con la doctrina expuesta, lo relevante del caso es que estamos ante una muerte por lesión cardiovascular que se produce, fatalmente, mientras el fallecido realiza actividades físicas en el gimnasio; ha terminado su horario matinal de trabajo, pero mientras desarrollaba el mismo han aparecido síntomas de la dolencia.

Lo cierto es que incluso las circunstancias en que el trabajador fallece no aparecen del todo desprendidas de laboralidad: no acude a un lugar cualquiera de esparcimiento, sino al gimnasio que la empleadora subvenciona a sus directivos. Tampoco parece que la motivación de su práctica sea fundamentalmente deportiva o lúdica, sino más bien terapéutica. La sentencia recoge que acomete el ejercicio físico, sugerido por las personas que comprueban su malestar durante las horas de trabajo, precisamente para intentar recuperar la normalidad.

Todo ello, dice el Alto Tribunal lejos de destruir la presunción de laboralidad, viene a reforzar el origen profesional de la lesión aquí examinada.

## 1. PRESTACIONES DE VIUEDAD Y ORFANDAD

La pensión de viudedad se establece en favor del cónyuge sobreviviente del fallecido o los supervivientes separados o divorciados del causante, así como de los sobrevivientes de una pareja de hecho constituida como tal, y siempre que el causante al fallecer reuniera los requisitos previstos. Dicha prestación consiste en una pensión de carácter vitalicio, salvo que se produzca alguna de las causas de extinción.

Los Estados pueden establecer diferencias de trato entre cónyuges y personas no casadas tiene una justificación objetiva y razonable<sup>65</sup>.

El derecho a la pensión de viudedad, para el cónyuge o excónyuge, exige como requisito la existencia de vínculo matrimonial, en cualquiera de las formas previstas en las normas, no siendo suficiente para ello la intención cierta de efectuarlo y no haberlo podido celebrar por haber sobrevenido el fallecimiento<sup>66</sup>.

Es conveniente resaltar que no se requiere que exista dependencia económica, o que la muerte genere una situación de desequilibrio económico o cree una situación de necesidad, se tendrá derecho a dicha pensión si se cumplen los requisitos establecidos, hecho que no ocurre en el caso de parejas de hecho.

Hay que tener en cuenta de que, si el fallecimiento se produce por enfermedad común, no sobrevenida tras el matrimonio, para poder obtener la prestación de viudedad se exige, en cuanto a convivencia que se acredite un período mínimo de duración del matrimonio de un año o, la existencia de hijos comunes.

Así mismo, en aquellos supuestos en que antes de contraer matrimonio, los cónyuges acrediten un período de convivencia -en iguales términos que el exigido en el supuesto de pareja de hecho-, el requisito se considerará cumplido cuando la suma de ese período anterior y del de duración del matrimonio sea superior a dos años.

A estos efectos, el Tribunal Supremo, en doctrina unificada, considera que la pensión se causa por la relación matrimonial, por lo que el período de convivencia inmediatamente anterior a la celebración del matrimonio puede acreditarse mediante cualquiera de los medios probatorios admitidos en derecho, sin que sea necesario acudir a la rigidez formal de la inscripción de la pareja de hecho en un registro público o el certificado de empadronamiento<sup>67</sup>.

<sup>65</sup> Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sec. 2ª 20-1-2009, nº 3976/2005.

<sup>66</sup> Tribunal Constitucional Sala 2ª 11-3-1991, nº 49/1991, BOE 91/1991, de 16 de abril de 1991, rec. 1259/1988.

<sup>67</sup> STS de 10 de noviembre de 1993 (Rec. 2971/1992). *"Declara el TS con estimación del recurso de casación que interponen las entidades gestoras demandadas, que, en situaciones como las que se contemplan en la presente "litis", en las que se ha mantenido una (...)*

Si el fallecimiento ocurre antes del año, no se acredita el período de convivencia, y no se tienen hijos comunes, se accede a una prestación temporal de viudedad<sup>68</sup>.

En los supuestos de separación, divorcio o nulidad matrimonial, se deben distinguir dos supuestos;

- En los casos de separación o divorcio, la pensión de viudedad corresponde a quien sea o haya sido, cónyuge legítimo. Los requisitos exigibles para que el cónyuge separado o divorciado pueda acceder a la pensión de viudedad son los siguientes:
- No haber contraído nuevas nupcias, ni constituida pareja de hecho.
- Ser acreedor de pensión compensatoria, establecida por haberle producido la separación o el divorcio un desequilibrio económico, y que dicha pensión se extinga por el fallecimiento del causante. La pensión de viudedad no puede ser superior al importe de la pensión compensatoria, y si lo fuera aquélla se disminuye hasta alcanzar la cuantía de esta última. La diferencia debe incrementar la pensión reconocida al cónyuge superviviente.
- En el caso de nulidad matrimonial, el derecho a la pensión de viudedad corresponde al superviviente al que se le haya reconocido el derecho a indemnización, y siempre que no hubiera contraído nuevas nupcias ni constituido una pareja de hecho.

Su cuantía es proporcional al tiempo de convivencia con el causante, sin que pueda superar la cuantía del derecho a la indemnización reconocido. A efectos de distribución proporcional, se toma como tiempo de convivencia el que haya transcurrido desde la celebración del matrimonio hasta la fecha de efectos de la nulidad que declarada por sentencia firme.

En cuanto a las parejas de hecho pueden ser beneficiarios de la pensión de viudedad quien se encontrase unido al causante en el momento de su fallecimiento. A estos efectos, se considera pareja de hecho la constituida que reúna los siguientes requisitos:

- Análoga relación de afectividad a la conyugal.
- No hallarse impedidos para contraer matrimonio.
- No tener vínculo matrimonial con otra persona en el momento del fallecimiento, no exigiéndose que esta circunstancia concorra durante todo el periodo de convivencia de la pareja de hecho<sup>69</sup>.
- Acreditar, mediante el certificado de empadronamiento, una convivencia estable y notoria con carácter inmediato al fallecimiento del causante y con una duración ininterrumpida no inferior a 5 años.

A efectos de poder acreditar la existencia de pareja de hecho será suficiente la certificación de la inscripción en alguno de los registros específicos existentes en las comunidades autónomas o ayuntamientos del lugar de residencia o bien, mediante documento público en el que conste la

---

*situación de convivencia de hecho, sin que se haya legalizado la situación pudiendo hacerlo, no cabe reconocer el derecho a la prestación de viudedad a que se refiere el art. 160 LGSS”.*

<sup>68</sup> “Se considera enfermedad común sobrevenida con posterioridad a la fecha de celebración del matrimonio, y no con anterioridad a la celebración del mismo, el fallecimiento debido a dolencia cardíaca acaecida al día siguiente de dicha celebración, por lo que se tiene derecho a pensión de viudedad y no a prestación temporal”. (TSJ Castilla-La Mancha 23-4-09, EDJ 102023).

<sup>69</sup> STS de 14 de julio de 2011(Rec. 3857/2010). Desestima el TS el recurso de casación para la unificación de doctrina formulado por el demandado INSS contra sentencia que acogió la pretensión de la miembro de pareja de hecho accionante sobre pensión de viudedad. Señala la Sala que “en los supuestos acaecidos con anterioridad a la vigencia de la Ley 40/2007 de 4 diciembre, de Medidas en Materia de Seguridad Social, contemplados en la disp. adic. 3ª de la mencionada Ley, el requisito de haber convivido los seis años anteriores al hecho causante no precisa que durante ese tiempo los convivientes hayan podido contraer matrimonio por no tener vínculo matrimonial con otra persona, sino que dicho requisito debe tenerse en el momento en que se pretenda constituir la pareja de hecho, momento que, en el caso enjuiciado, no puede ya ser otro que el momento inmediatamente anterior al fallecimiento, último en que tal constitución de la pareja de hecho pudo haberse producido”.

constitución de la pareja, aunque se pertenezca a una Comunidad Autónoma con Derecho civil propio.

Tanto la mencionada inscripción como la formalización del correspondiente documento público deben haberse producido con una antelación mínima de dos años con respecto a la fecha del fallecimiento del causante.

El Tribunal Constitucional ha declarado conforme a derecho<sup>70</sup>, tanto la exigencia, como requisito constitutivo para el acceso a la pensión de viudedad, de la inscripción en un registro de parejas de hecho o la constitución de la pareja mediante documento público, como la exigencia de formalización con una antelación mínima a la fecha del fallecimiento del causante.

Si bien para la pensión de viudedad de parejas que haya contraído matrimonio no se exige dependencia económica o situación de necesidad, si encontramos este requisito en el caso de parejas de hecho, por lo que además de los requisitos generales que ha de reunir el sujeto causante, debe acreditarse un vínculo de dependencia económica que se considera cumplido cuando los ingresos del sobreviviente no superen los siguientes límites:

-Que los ingresos del sobreviviente en el año anterior al fallecimiento hayan sido inferiores al 50 % de la suma de los propios y del causante habidos durante ese mismo período. Dicho porcentaje es del 25 %, si no existen hijos comunes con derecho a pensión de orfandad. Por tanto, el límite de rentas se hace depender en su cuantía de la existencia o no de hijos comunes, lo que significa que la situación protegida se sitúa en el entorno familiar y no sólo individual.

Por tanto, acreditado este requisito en la fecha del hecho causante, el beneficiario puede continuar percibiendo la pensión de viudedad, aunque posteriormente mejoren sus circunstancias económicas (situación de desequilibrio económico).

-Que si aun superando el porcentaje correspondiente, en el momento del hecho causante los ingresos del sobreviviente resulten inferiores a 1,5 veces el importe del salario mínimo interprofesional vigente al momento del fallecimiento. Este límite se incrementa en 0,5 veces la cuantía del salario mínimo interprofesional por cada hijo común con derecho a pensión de orfandad que conviva con el sobreviviente. Este requisito debe concurrir tanto en el momento del hecho causante de la prestación, como durante todo el período de su percepción (situación de necesidad).

El requisito de dependencia económica o situación de necesidad en el supuesto de parejas de hecho supone a la postre una discriminación con respecto a las parejas que han contraído vínculo matrimonial -esté en vigor o no en el momento del fallecimiento- y que genera por tanto una situación de desigualdad en los beneficiarios.

Para poder acreditar la situación de la existencia de pareja de hecho, se puede realizar mediante la certificación de la inscripción como tal pareja de hecho en el registro público específico o mediante documento público en el que conste la constitución de la pareja.

Por otro lado el tiempo de convivencia en doctrina unificada, el Tribunal Supremo<sup>71</sup> considera que, una vez acreditada su existencia, la persistencia de la pareja de hecho de forma estable, ininterrumpida y con una duración no inferior a cinco años se puede acreditar mediante cualquier medio de prueba admisible en Derecho, especialmente de carácter documental, que tenga fuerza suficiente para llevar a la entidad gestora o, en su caso, al juzgador a la convicción del cumplimiento de ese requisito, y no exclusivamente mediante el certificado de empadronamiento en el mismo domicilio de los componentes de la pareja.

<sup>70</sup> Tribunal Constitucional Sala 2ª 7-4-2014, nº 51/2014, BOE 111/2014, de 7 de mayo de 2014, rec. 7142/2013 (EDJ 2014/65795) y Tribunal Constitucional Sala 2ª 7-4-2014, nº 45/2014, BOE 111/2014, de 7 de mayo de 2014, rec. 6589/2011 (EDJ 2014/64159).

<sup>71</sup> STS de 25 de mayo de 2010 (EDJ 185126) STS de 24 de junio de 2010 (EDJ 185083); STS de 9 de diciembre de 2010 (EDJ 290726); y STS de 26 de enero de 2011 (EDJ 10762).



Así pueden servir como elementos de prueba, además del certificado de empadronamiento, informes policiales, testificales y otros documentos, que deben ser objeto de valoración por parte del Juez de instancia. Conviene resaltar llegados a este punto que hay una serie de documentos que no sirven para acreditar la existencia de pareja de hecho los siguientes;

- el libro de familia ya que sólo acredita la filiación, pero en absoluto la existencia de una relación de hecho de una pareja, cuestión totalmente ajena a la finalidad y función legal del Registro Civil<sup>72</sup>,
- el documento de asistencia sanitaria<sup>73</sup>,
- el testamento nombrando heredera a la persona con quien convive<sup>74</sup>,
- las disposiciones testamentarias de una pareja de hecho en las que, además de legar el 30 % de su herencia al otro, manifiestan que ambos convivían maritalmente<sup>75</sup>,
- la escritura pública otorgada para la constitución de una sociedad de responsabilidad limitada laboral en la que ambos constituyentes reconocen que forman una unión estable de carácter permanente como pareja de hecho<sup>76</sup>,
- la advertencia del notario que autoriza la escritura de constitución de una comunidad de bienes sobre la vivienda que comparten acerca de las consecuencias de la aplicabilidad de la Ley autonómica de parejas de hecho a su relación<sup>77</sup>.

Para determinar la base reguladora de la pensión de viudedad, hay que tener en cuenta las circunstancias en que se produce el fallecimiento:

- Causante en alta o situación asimilada al alta en el momento del fallecimiento, la base reguladora se determina según las causas del fallecimiento: distinguiendo entre enfermedad común o accidente no laboral y accidente de trabajo o enfermedad profesional.
- Causante que al tiempo del fallecimiento sea pensionista de jubilación o incapacidad permanente.
- Causante fallecido durante la situación de jubilación flexible.
- Causante en situación de jubilación parcial.

Tras la aprobación de los Presupuestos Generales del Estado del año 2018, cabe advertir que se ha producido una pequeña modificación en el cálculo de la cuantía en la pensión<sup>78</sup> de viudedad.

A la base reguladora se le aplicará un porcentaje del 56 %, 60 % o 70 %, a la que en su caso se le sumará el complemento por maternidad y si da lugar a ello, también los topes mínimos.

En caso de que el causante sea pensionista, se utilizará la misma base reguladora que sirvió para determinar la pensión de jubilación o de incapacidad del fallecido.

Si el causante de la prestación es trabajador y fallece derivada de una contingencia común, la base reguladora se calcula dividiendo entre 28 la suma de las bases de cotización por contingencias comunes durante un período ininterrumpido de 24 meses. Las bases son elegidas por los beneficiarios dentro de los 15 años inmediatamente anteriores a la fecha del hecho causante, pero hay que tener en cuenta que dicha elección será siempre en tramos de 24 meses seguidos. Dichas

<sup>72</sup> STS de 3 de mayo de 2011 (EDJ 120829), y STS de 4 de noviembre de 2011 (EDJ 287015) entre otras.

<sup>73</sup> STS de 12 de julio de 2011 (EDJ 216919).

<sup>74</sup> STS de 26 noviembre de 2012 (Rec. 4072/11).

<sup>75</sup> STS de 9 de noviembre de 2012 (EDJ 233901).

<sup>76</sup> STS de 9 de febrero de 2015 (Rec 1352/14).

<sup>77</sup> STS de 13 de marzo de 2018 (EDJ 26835).

<sup>78</sup> Sobre el sostenimiento de las pensiones, resulta interesante señalar la siguiente obra; Gómez Salado, M. Á.: «El impacto de la robotización en el empleo y el sostenimiento de los sistemas de seguridad social», en AA.VV. (Garrido Pérez, E. y Sánchez-Rodas Navarro, C. Coords.), Protección Social en España, en la Unión Europea y en el Derecho Internacional, Murcia, Laborum, 2017, págs. 361-386.

bases serán revalorizadas, una vez sumadas las 24 bases de cotización más favorables se divide entre 28 para tener en cuenta que las pensiones son 14 pagas por año.

Si el causante de la prestación es trabajador y fallece derivada de contingencia profesional, la base reguladora se establece de acuerdo con los salarios reales percibidos, incluyendo las horas extras, en el cómputo anual. Hay que decir que en este caso, se incluyen todos los conceptos salariales que se han percibido durante el año, a los que se suman también las horas extras, -en las bases por contingencias comunes de cotización no se incluyen-. Una vez sumados se divide entre 12 para determinar el importe de la pensión en cuantía mensual, que se percibe en 12 pagas, ya que las pagas extraordinarias se encuentran prorrateadas.

El porcentaje aplicable a la base reguladora, como norma general será del 52 %, con independencia de la situación del causante el fallecer.

A partir de 2019 se aplicará un 60 % (56 % en 2018) a la base reguladora, siempre que el beneficiario de la pensión de viudedad sea mayor de 65 años y no perciba ingresos por la realización de un trabajo (por cuenta ajena o propia) ni rendimientos o rentas que, en cómputo anual, superen el límite de ingresos de que esté establecido en cada momento para ser beneficiario de la pensión mínima de viudedad.

El complemento por maternidad se le aplicará a la cuantía resultante teniendo en cuenta lo visto anteriormente, en el supuesto que la pensionista sea mujer y haya tenido dos o más hijos biológicos o adoptados, en un 5 % en el caso de dos hijos, un 10 % en el caso de tres y del 15 % en caso de cuatro o más hijos.

Se procederá a un incremento del 70 % en los supuestos de carga familiar consistente en hijos o acogidos menores de 26 años o discapacitados, siempre que convivan y sean dependientes, y se acredite que la pensión suponga el menos un 50 % de los ingresos del beneficiario, que los propios rendimientos anuales no sean superiores a la cantidad marcada para complementos por mínimos sumada a la pensión mínima, y que las rentas totales de toda la unidad familiar dividida por el número de miembros sea inferior al 75 % del SMI.

El complemento por maternidad se le aplicará a la cuantía resultante teniendo en cuenta lo visto anteriormente, en el supuesto que la pensionista sea mujer y haya tenido dos o más hijos biológicos o adoptados, en un 5 % en el caso de dos hijos, un 10 % en el caso de tres y del 15 % en caso de cuatro o más hijos.

En cuanto a la pensión de orfandad, tienen derecho a la pensión cada uno de los hijos del causante, cualquiera que sea la naturaleza legal de su filiación, siempre que, en la fecha del fallecimiento del mismo, sean menores de 21 años o estén incapacitados para el trabajo y que el causante se halle en alta o situación asimilada al alta, en caso de no cumplir esta condición se requiere que el causante tenga cubierto un período de cotización de 15 años.

También pueden causar orfandad los mayores de 21 años no incapacitados, siempre que sean menores de 25 años y no efectúen trabajo lucrativo por cuenta propia o ajena o, cuando realizándolo los ingresos que obtenga resulten inferiores en cómputo anual a la cuantía vigente del salario mínimo interprofesional.

Pueden ser beneficiarios de la pensión de orfandad:

- los hijos del causante que le sobrevivan,
- los hijos del cónyuge superviviente, cualquiera que sea su filiación que reúnan determinadas condiciones,
- los hijos póstumos del causante.

Cada uno de los hijos del causante que sobrevivan cualquiera que sea la naturaleza legal de filiación -matrimonial, no matrimonial o adoptiva- siempre que en la fecha del fallecimiento del causante se encuentren en alguna de las siguientes situaciones:

- Menores de 21 años;

- Mayores de 21 años que estén incapacitados para el trabajo en un porcentaje valorado en un grado de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez;
- Menores de 25 años, cuando el beneficiario de la pensión de orfandad no efectúe un trabajo lucrativo por cuenta ajena o propia, o cuando realizándolo, los ingresos que obtenga en cómputo anual resulten inferiores al salario mínimo interprofesional que, también en cómputo anual, se fije en cada momento.

Cada huérfano tiene derecho a percibir una pensión equivalente al 20 % de la base reguladora del trabajador fallecido, para cada uno de los huérfanos con derecho a pensión, calculándose dicha base de igual forma que para la pensión de viudedad.

En los supuestos de orfandad absoluta, esto es, cuando a la muerte del causante no existiese cónyuge sobreviviente o cuando el cónyuge sobreviviente, con derecho a pensión de viudedad, falleciese estando en el disfrute de esta, la cuantía de la pensión de orfandad se incrementa con el porcentaje de la pensión de viudedad, en el caso de que existan varios huérfanos, dicho incremento se distribuye entre todos los beneficiarios por partes iguales.

#### **IV. BREVE REFLEXIÓN FINAL**

A la vista de lo anteriormente expuesto se pone de manifiesto la mayor protección y beneficios que se obtiene de una calificación de profesional del infarto de miocardio en especial el importe de la prestación a percibir, tanto en concepto de pensión por viudedad como por orfandad. El Tribunal Supremo mediante doctrina ha fijado las situaciones en las que se debe producir la lesión cardiovascular para que sea considerada como laboral, dejando el resto de los supuestos fuera de ella y por tanto de las ventajas derivadas de la misma, generando una desigualdad en cuanto a la protección dispensada, basada en la calificación de la contingencia, fruto, sin lugar a duda, de la separación que hace nuestro sistema de Seguridad Social de las mismas.



# CAPÍTULO XIX. LA PROTECCIÓN DE SEGURIDAD SOCIAL DE LA ORFANDAD ABSOLUTA. UN APUNTE CRÍTICO\*

JESÚS MARTÍNEZ GIRÓN

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de A Coruña*

ALBERTO ARUFE VARELA

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de A Coruña*

## I. SOBRE LA NATURALIDAD DE UNA PROTECCIÓN DE SEGURIDAD SOCIAL ESPECÍFICA DE LA ORFANDAD ABSOLUTA, A LA LUZ DEL DERECHO COMPARADO

La realidad natural que distingue huérfanos simples (esto es, o sólo de padre o sólo de madre) y huérfanos absolutos (esto es, sin progenitores vivos) trasciende, como es lógico, a la realidad jurídica; y dentro de ella, como también es lógico, a la legislación de seguridad social<sup>1</sup>. A la luz del Derecho comparado, lo prueban los dos ordenamientos europeos de seguridad social más emblemáticos y significativos, precisamente por tratarse de ordenamientos codificados de seguridad social<sup>2</sup>. Así, por lo que respecta al ordenamiento francés, su Código de la Seguridad Social (*Code de la Sécurité Sociale*) de 1985 dedica, tanto en su Parte Legislativa como en su Parte Reglamentaria, diversos preceptos destinados a regular las prestaciones contributivas de seguridad social otorgadas a los huérfanos absolutos, consistentes en una indemnización a tanto alzado (y de carácter subsidiario), si la orfandad absoluta derivase de riesgos comunes (una prestación tradicionalmente denominada «capital muerte [*capital décès*]»<sup>3</sup>; y además, en una «pensión [*rente*]» no vitalicia, si la orfandad absoluta hubiese derivado de riesgos profesionales (literalmente, «la pensión es igual a una fracción del salario anual de la víctima más importante cuando los hijos son huérfanos de padre y de madre en el momento de la muerte, o llegan a serlo posteriormente cuando el padre o la madre vive todavía [*la rente est égale à une fraction du salaire annuel de la victime plus importante lorsque les enfants sont orphelins de père et de mère au moment du décès, ou le deviennent postérieurement, que lorsque le père ou la mère vit encore*]»<sup>4</sup>. Por lo que respecta al ordenamiento alemán, el Libro Sexto de su Código de Seguridad Social (*Sozialgesetzbuch*), que fue un Libro promulgado por

---

\* Trabajo realizado al amparo del proyecto estatal de investigación DER2016-75741-P, otorgado por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad.

<sup>1</sup> Nuestra visión general del tema, en MARTÍNEZ GIRÓN, J., ARUFE VARELA, A. Y CARRIL VÁZQUEZ, X.M., *Derecho de la Seguridad Social*, 4ª ed., Barcelona, Atelier, 2016, pág. 191.

<sup>2</sup> Sobre el tema, véase ARUFE VARELA, A., «El modelo continental europeo de codificación de la legislación de seguridad social: Francia y Alemania», en el volumen *V Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social. La Seguridad Social en el siglo XXI*, Laborum (Murcia, 2008), págs. 383 y ss.

<sup>3</sup> Cfr. artículo L361-1 y ss. Sobre el tema, véase DUPEYROUX, J.-J., BORGETTO, M., LAFORE, R. Y RUELLAN, R., *Droit de la sécurité sociale*, 18ª ed., París, Dalloz, 2015, págs. 617 y ss.

<sup>4</sup> Cfr. artículo L434-10, párrafo segundo. Sobre el tema, véase DUPEYROUX, J.-J., BORGETTO, M., LAFORE, R. Y RUELLAN, R., *Droit de la sécurité sociale*, 18ª ed., cit., págs. 669 y ss.

Ley de 18 diciembre 1989, regula en su párrafo 48 dos pensiones de orfandad distintas<sup>5</sup>, de las cuales la primera es la denominada «media pensión de orfandad [*Halbwaisenrente*]»<sup>6</sup>, orientada a proteger la orfandad simple, mientras que la segunda es la denominada «pensión total de orfandad [*Vollwaisenrente*]», orientada a proteger la orfandad absoluta (literalmente, «los hijos tienen derecho a la pensión total de orfandad tras la muerte de un progenitor [*Kinder haben nach dem Tod eines Elternteils Anspruch auf Vollwaisenrente*]»<sup>7</sup>, de un lado, cuando «ya no tienen un progenitor obligado a prestar alimentos, con independencia de las circunstancias económicas [*sie einen Elternteil nicht mehr haben, der unbeschadet der wirtschaftlichen Verhältnisse unterhaltspflichtig war*]»<sup>8</sup>; y de otro lado, cuando «el progenitor fallecido ha cumplido el período general de carencia [*der verstorbene Elternteil die allgemeine Wartezeit erfüllt hat*]»<sup>9</sup>). En España, la citada realidad natural también ha trascendido a nuestra legislación de seguridad social, aunque con una peculiaridad que la singulariza frente al Derecho comparado a que acabamos de hacer referencia inmediata, y que pasamos a relatar inmediatamente.

## II. SOBRE LA PECULIARIDAD ESPAÑOLA DE LAS FUENTES DE SEGURIDAD SOCIAL REGULADORAS DE LA ORFANDAD ABSOLUTA, EN CUANTO QUE PRESTACIONES POR MUERTE Y SUPERVIVENCIA

Esta peculiaridad se refiere al hecho de que la protección de la orfandad absoluta, a través de prestaciones otorgadas en concepto de muerte y supervivencia, nunca se reguló en España en normas de rango legal, sino sólo en normas de modesto rango reglamentario. Sobre el tema, el precedente es el Reglamento para la aplicación del texto refundido regulador de la legislación de accidentes de trabajo, aprobado por Decreto de 22 junio 1956<sup>10</sup>, en el que –sobre la base de que la pensión de viudedad («una renta igual al 50 por 100 del salario del fallecido») <sup>11</sup> se incrementaba «en un 10 por 100 por cada [hijo]»<sup>12</sup>– se indicaba que «cuando se trate de un solo descendiente, o asimilado, la renta será del 60 por 100 del salario, *sin que exista viudas*»<sup>13</sup>. Tras la promulgación de nuestra primera Ley General de la Seguridad Social de 1966 –que omitía referirse a la orfandad absoluta, por la vía de la protección derivada de muerte y supervivencia–, este tema pasó a estar regulado en el Decreto 3158/1966, de 23 diciembre, por el que se aprueba el Reglamento general que determina la cuantía de las prestaciones económicas del Régimen General de la Seguridad Social y condiciones para el derecho a las mismas, obediente al ideario ideológico-político-cultural por aquel entonces existente en España, cuyo artículo 38 (presuponiendo que la orfandad absoluta traía causa última siempre de un matrimonio reconocido por el Estado) afirmaba, con toda rotundidad, que «si no existiese cónyuge sobreviviente, la indemnización [correspondiente a los huérfanos simples] se incrementará con el importe de las seis mensualidades que hubiesen correspondido a aquél»<sup>14</sup>. Lógicamente, la realidad social española del siglo XXI (uniones de hecho, protección de los hijos cualquiera que fuera su filiación) nada tiene que ver con la franquista a que acabamos de aludir, lo que explica la enmienda –aunque muy tardía– del precepto reglamentario citado de 1966, que fue operada por el Real Decreto 296/2009, de 6 marzo, por el que se modifican determinados aspectos de la regulación de las prestaciones por muerte y

<sup>5</sup> Al respecto, véase KREIKEBOHM, R. (Editor), *SGB VI. Sozialgesetzbuch. Gesetzliche Rentenversicherung. Kommentar*, 5ª ed., Múnich, C.H. Beck, 2017, pp. 273 y ss.; también, REINHARDT, H. Y SILBER, W. (Editores), *Sozialgesetzbuch VI. Gesetzliche Rentenversicherung. Lehr- und Praxiskommentar*, 4ª ed., Baden-Baden, Nomos, 2018, pp. 227 y ss.

<sup>6</sup> Cfr. apartado 1.

<sup>7</sup> Cfr. apartado 2, inciso primero.

<sup>8</sup> *Ibidem*, núm. 1.

<sup>9</sup> *Ibidem*, núm. 2.

<sup>10</sup> Sobre dicha norma, véase MARTÍNEZ GIRÓN, J., *Una introducción histórica al estudio de las fuentes del Derecho español de la Seguridad Social*, Santiago de Compostela, Paredes, 1990, pág. 50.

<sup>11</sup> Cfr. artículo 52, núm. 1º.

<sup>12</sup> *Ibidem*, núm. 2º.

<sup>13</sup> *Ibidem*, núm. 3º.

<sup>14</sup> Cfr. apartado 2, inciso primero.

supervivencia<sup>15</sup>, en el que –a propósito siempre de la orfandad absoluta– se suprimió la expresión «cónyuge sobreviviente», que fue sustituida por las de «progenitor sobreviviente»<sup>16</sup> y «progenitor superviviente»<sup>17</sup>, y con el añadido de una coetilla referida «al cónyuge o a quien hubiera sido cónyuge o pareja de hecho del fallecido»<sup>18</sup>. Ahora bien, ocurrió que el citado Decreto franquista de 1966, había sido reglamentado, a su vez, por la Orden Ministerial de 13 febrero 1967, por la que se establecen normas para la aplicación y desarrollo de las prestaciones de muerte y supervivencia del Régimen General de la Seguridad Social, que permanece vigente, aunque su tenor relativo a la protección de la orfandad absoluta nadie se acordó de retocarlo, a partir del trascendental y recién citado cambio operado en 2009.

### III. LA PARADÓJICA JURISPRUDENCIA LABORAL SOBRE LA EXPRESIÓN «CÓNYUGE SUPERVIVIENTE» UTILIZADA POR LA ORDEN MINISTERIAL DE 13 FEBRERO 1967, A PROPÓSITO DE LA ORFANDAD ABSOLUTA

En dicha vieja Orden Ministerial franquista, todo seguía vinculado al viejo ideario del originario Decreto de 1966 que desarrollaba, lo que explica que su artículo 17 –un precepto nunca enmendado durante los cincuenta y un años de su vigencia– ligase la protección por muerte y supervivencia por orfandad absoluta, literalmente, a «cuando a la muerte del causante no quede *cónyuge sobreviviente* o cuando el *cónyuge sobreviviente* con derecho a pensión de viudedad falleciese estando en el disfrute de la misma»<sup>19</sup>, aparte el hecho de que no concibiese más familia que la nuclear tradicional de toda la vida, esto es, la formada «por el padre y la madre»<sup>20</sup>. Evidentemente, aunque abandonado a su suerte este precepto por el Gobierno, resulta indeclinable concluir que se trata –tras la reforma citada de 2009 en el Decreto que le sirve de base– de un Reglamento que viola al principio de jerarquía normativa, aunque –sorprendentemente– no lo entienda así cierta jurisprudencia laboral reciente, que continua todavía aplicándolo en su prístino y originario sentido franquista. Nos referimos, por ejemplo, a una Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 2 febrero 2012<sup>21</sup>, a calificar de inercial. En efecto, es continuadora y reiteradora de toda una línea de jurisprudencia, en la que se negaba a las viudas de parejas de hecho su pretensión de incrementar la pensión de orfandad, añadiéndole el porcentaje de pensión correspondiente a la viuda, precisamente porque en estos casos de parejas de hecho no hay –como requiere la vieja Orden de 1967, en caso de orfandad absoluta– ningún «cónyuge sobreviviente»<sup>22</sup>. En este concreto punto, el antijurídico *dictum* inercial de la Sentencia en cuestión, cuya doctrina merecería ser revisada, resulta inequívoco, de un lado, porque afirma sin ningún sonrojo que «el precepto legal [esto es, el artículo 17.2 de la Orden Ministerial de 13.2.1967] cuya infracción se denuncia parte del presupuesto inexcusable de que exista en todo caso cónyuge con derecho a percibir la pensión de viudedad, de forma que si no hay cónyuge viudo no cabe el incremento de la pensión de orfandad»<sup>23</sup>; y de otro lado –reiterando inercialmente una jurisprudencia carente de toda autoridad, desde el año 2009–, porque «conceder en el caso que nos ocupa el incremento debatido al huérfano simple, puede suponer que el cónyuge sobreviviente de la unión de hecho, obtenga el reconocimiento de una pensión, a la que no tiene derecho, por vía

<sup>15</sup> Al respecto, véase DESDENTADO DAROCA, E., «Las paradojas del acrecimiento de la pensión de orfandad. Sobre la necesidad de un criterio autónomo para la protección de los huérfanos», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 2011, núm. 149, págs. 143 y ss.

<sup>16</sup> Cfr. artículo 38, apartado 1, núm. 3º.

<sup>17</sup> *Ibidem*, apartado 2.

<sup>18</sup> Cfr. artículo 38, apartado 1, núm. 6º.

<sup>19</sup> Cfr. artículo 17, apartado 2.

<sup>20</sup> *Ibidem*, apartado 3, párrafo primero.

<sup>21</sup> *Aranzadi Westlan*, referencia JUR 2012/120189.

<sup>22</sup> Sobre esta jurisprudencia, véase CASTRO ARGÜELLES, Mª.A., «El vínculo conyugal como requisito para acceder a la pensión de viudedad. Ineficacia del matrimonio por el “rito gitano”», *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, referencia BIB 2000/207, pág. 3 del ejemplar electrónico.

<sup>23</sup> Cfr. Fundamento de Derecho segundo, párrafo segundo.

indirecta»<sup>24</sup>, produciéndose –continúa esta anacrónica Sentencia– «con la interpretación que se hace [por la viuda recurrente] del artículo 17.2 una discriminación en contra del hijo extramatrimonial, en cuanto el menoscabo patrimonial sufrido por quien se encuentra en situación de orfandad absoluta derivada de la pérdida de ingresos con el que el causante hacía frente al cumplimiento de las obligaciones familiares, no es el mismo que el sobrevenido cuando pervive la madre soltera»<sup>25</sup>.

---

<sup>24</sup> *Ibidem*, párrafo cuarto.

<sup>25</sup> *Ibidem*.



# CAPÍTULO XX. LOS EFECTOS DEL MATRIMONIO POLIGÁMICO EN ESPAÑA: LA PENSIÓN DE VIUDEDAD<sup>1</sup>

EVA LÓPEZ TERRADA

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de Valencia*

ÁNGELA MARTÍN-POZUELO LÓPEZ

*Personal Investigador en Formación  
Universidad de Valencia*

## I. INTRODUCCIÓN

La poligamia, entendida como régimen familiar en el que se permite la pluralidad de cónyuges<sup>2</sup>, ha supuesto, desde antiguo, un desafío para las sociedades occidentales, especialmente desde el plano jurídico.

En las sociedades con tradición cristiana, tales como la mayoría de países europeos, la poligamia ha sido rechazada en todas sus variantes, tanto moral como jurídicamente. Sin embargo, el fenómeno migratorio, impulsado por la globalización en las últimas décadas, ha propiciado la llegada de extranjeros procedentes de países en los que este régimen familiar es algo legal y, en algunos casos, bastante habitual (especialmente en los países de tradición musulmana), si bien, cada vez menor<sup>3</sup>.

En la actualidad, existen, aproximadamente, medio centenar de países africanos y asiáticos en los que la poligamia es una institución con respaldo legal<sup>4</sup>. De los casi cinco millones de extranjeros actualmente residentes en España, el 25 % provienen de alguno de estos países, lo que supone más de un millón de extranjeros dentro de nuestras fronteras que, potencialmente, podrían incurrir en este régimen familiar<sup>5</sup>. Ello evidencia que, en el futuro, los conflictos derivados del

---

<sup>1</sup> La presente comunicación se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación “Las relaciones laborales internacionales: jurisdicción competente y ley aplicable en materia de contrato individual de trabajo, derechos colectivos y Seguridad Social” (DER2016-77772-P).

<sup>2</sup> Definición dada por el Diccionario de la Real Academia Española de la lengua (DRAE). Este régimen familiar puede ser de dos tipos: poliginia (cuando es el hombre quien tiene varias esposas al mismo tiempo) o poliandria (cuando es la mujer la que está casada simultáneamente con dos o más hombres). Debido a la preeminencia del primer tipo de poligamia, las referencias realizadas en esta comunicación a este régimen familiar deben entenderse referidas a esta primera modalidad (poliginia).

<sup>3</sup> Prueba de ello son las continuas restricciones en este ámbito, tanto del número máximo de cónyuges simultáneos como de la posibilidad del primer cónyuge de imposibilitar tal práctica. Sobre este particular, *vid.* FERNÁNDEZ-CORONADO, A.: “Matrimonio islámico, orden público y función promocional de los derechos fundamentales”, *Revista española de Derecho Constitucional*, núm. 85, 2009, pp. 125-156 (p. 129).

<sup>4</sup> Afganistán, Arabia Saudí, Argelia, Bahréin, Bangladesh, Birmania, Brunéi, Burkina Faso, Camerún, Catar, Chad, Islas Comores, Congo, Djibouti, Egipto, Etiopía, Emiratos Árabes Unidos, Gabón, Gambia, India, Indonesia, Irak, Irán, Jordania, Kuwait, Libia, Malasia, Maldivas, Malí, Marruecos, Mauritania, Níger, Omán, Pakistán, Senegal, Singapur, Somalia, Sudáfrica, Sri Lanka, Sudán, Siria, Tanzania, Togo, Uganda, Yemen y Zambia (la mayoría de estos países están relacionados en la Circular 2008/14, de 25 de febrero, de la *Caisse Nationale d'Assurance Vieillesse* –CNAV-). Para más información sobre la situación de la poligamia en el mundo, *vid.* CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: “Capacidad matrimonial y matrimonio poligámico”, en VV.AA.: *Derecho Internacional Privado. Volumen II*, CALVO CARAVACA, A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (Dir.), Granada, Comares, 2017, pp. 148-158 (pp. 149-150).

<sup>5</sup> Datos extraídos de la Estadística del Padrón Continuo elaborada por el INE (datos provisionales a 1 de enero de 2018).

choque de culturas en este punto no van a disminuir, sino todo lo contrario, pues es muy posible que continúen produciéndose situaciones como las que ya han sido analizadas por los Tribunales nacionales (en España, pero también en Alemania, Bélgica, Francia, Italia o Portugal<sup>6</sup>), sin una solución homogénea. En definitiva, nos encontramos ante un problema a escala europea al que, por el momento, no se ha ofrecido una respuesta clara y uniforme debido a su complejidad y, sobre todo, a sus evidentes implicaciones morales y religiosas (prueba de ello es que, en el plano nacional, no se haya alcanzado consenso alguno desde el primer pronunciamiento judicial en la materia, hace ya 20 años<sup>7</sup>).

## II. DELIMITACIÓN DEL SUPUESTO PROBLEMÁTICO

La aparición de una institución desconocida hasta hace relativamente poco en España como la poligamia ha dado lugar a multitud de problemas que no han sido resueltos por el ordenamiento jurídico, pues no existe en la actualidad un modelo regulatorio completo en materia de celebración del matrimonio con elementos de internacionalidad<sup>8</sup>.

No obstante, estos problemas varían en función de la situación concreta de la que se trate. Así, los problemas a los que se enfrentan los operadores jurídicos en los casos de matrimonios poligámicos que pretenden contraerse en España no son los mismos que los problemas derivados de los supuestos de celebración de dicho matrimonio válidamente en el extranjero cuyo reconocimiento se pretende en el Estado español.

En ambos supuestos, los problemas en cuestión provienen del juego de la cláusula del orden público internacional, recogida en el art. 12.3 CC. Dicho precepto impide la aplicación de cualquier ley extranjera que resulte contraria al orden público, por lo que deviene fundamental comprender qué se entiende por tal concepto jurídico indeterminado. Aunque existen diferentes variantes, una definición consiste en considerar al orden público como *“el conjunto de principios e instituciones que se consideran fundamentales en la organización social de un país y que inspiran su ordenamiento jurídico”* (FD Quinto de la STS, Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo, Sección 4ª, núm. 84/2018, de 24 de enero -Rec. 98/2017-).

Pues bien, teniendo en cuenta este concepto de orden público internacional, es importante precisar el diferente tratamiento que se da a los matrimonios poligámicos en función del lugar donde se pretenden celebrar o ya se han celebrado.

En el caso de que un segundo o sucesivo matrimonio pretendiera celebrarse en España (existiendo un vínculo ya vigente) por parte de extranjeros procedentes de alguno de los países en los que la poligamia es legal, tendría lugar un análisis previo de la situación de los contrayentes. A la hora de celebrar un matrimonio en España, debe analizarse, entre otras cuestiones, la capacidad de los contrayentes, sin que exista una norma de Derecho Internacional Privado que regule la capacidad para contraer matrimonio en supuestos con elementos de extranjería<sup>9</sup>. Por ello, ante esta laguna legal, sería de aplicación la norma prevista en el art. 9.1 CC según la cual la capacidad para contraer matrimonio (así como los impedimentos para contraerlo y su posible dispensa) será determinada por la ley nacional de los contrayentes en el momento de la celebración<sup>10</sup>. En virtud de esta ley personal de los contrayentes, aunque uno de ellos (generalmente el varón) estuviera previamente casado, se podría celebrar un segundo o posterior matrimonio válidamente. Sin embargo, en estos supuestos entraría en juego la cláusula del orden público internacional del art.

<sup>6</sup> Para más información sobre la situación en estos países, *vid.* PÉREZ VAQUERO, C.: “Las consecuencias jurídicas de la poligamia en las pensiones de viudedad en España y la Unión Europea”, *Aranzadi Doctrinal*, núm. 1, pp. 59-71.

<sup>7</sup> SJS de La Coruña, de 13 de julio de 1998 (AS 2001, 1493).

<sup>8</sup> PALAO MORENO, G.: “Matrimonio: celebración y relaciones entre cónyuges” en ESPLUGUES MOTA, C., IGLESIAS BUHIGUES, J. L., y PALAO MORENO, G.: *Derecho Internacional Privado*, Valencia Tirant Lo Blanch, 11ª Edición, 2017, pp. 439-457 (p. 441).

<sup>9</sup> PALAO MORENO, G.: “Matrimonio: celebración y relaciones entre cónyuges”, *op. cit.* (p. 441).

<sup>10</sup> Así lo ha entendido la doctrina y la Dirección General de los Registros y el Notariado (DGRN). Sobre este particular, *vid.* PALAO MORENO, G.: “Matrimonio: celebración y relaciones entre cónyuges”, *op. cit.* (p. 441).

12.3 CC, por entender que la aplicación de esta ley personal atentaría contra la cohesión de la organización social y jurídica de la sociedad española, asentada sobre el régimen matrimonial monógamo (siendo este una manifestación de la igualdad jurídica entre hombres y mujeres y de la dignidad de la persona), dañando así la convivencia y la paz social<sup>11</sup>. De este modo, en virtud del art. 12.3 CC, se impediría la aplicación de la ley personal de los contrayentes, pasando a ser aplicable la ley española (*lex fori*), que imposibilitaría la celebración de tal matrimonio por el impedimento de ligamen (art. 46.2º CC)<sup>12</sup>. Por lo tanto, en este primer escenario, estaríamos ante un problema de ley aplicable que se presenta con carácter previo a la celebración del matrimonio poligámico e impide la misma en territorio español.

Sin embargo, en los casos en los que el matrimonio poligámico ya se ha celebrado válidamente en el extranjero, el problema ya no es determinar la ley aplicable a la situación en cuestión, sino determinar qué efectos deben concederse a ese régimen familiar que ha sido válidamente constituido en origen (reconocimiento de decisiones extranjeras)<sup>13</sup>. Es decir, la situación de poligamia ya se ha producido y no hay nada que el ordenamiento jurídico español pueda hacer para evitarla<sup>14</sup>, existiendo solo margen de actuación en cuanto a los efectos concretos que se pueden reconocer a ese régimen matrimonial. Es en este último supuesto en el que se genera la polémica no resuelta, por el momento, de manera unánime (ni doctrinal, ni judicialmente), existiendo dos tesis claramente diferenciadas al respecto, cuyos principales argumentos serán objeto de análisis en el apartado siguiente.

### III. PANORÁMICA DE LA DIVISIÓN DOCTRINAL Y JUDICIAL EN LA MATERIA

Como ya se ha tenido ocasión de adelantar, la doctrina científica y judicial está totalmente dividida en cuanto a los efectos que deberían reconocerse en el ordenamiento español a los matrimonios poligámicos celebrados en el extranjero, por contrayentes extranjeros y bajo una legislación nacional extranjera que permite su válida celebración. Concretamente, se dividen en dos grandes tesis: la primera de estas tesis niega radicalmente que estos matrimonios deban producir efectos de ningún tipo en España; por su parte, la segunda tesis (mayoritaria<sup>15</sup>) niega que puedan reconocerse efectos “nucleares” a estos matrimonios, pero sí ciertos efectos denominados “periféricos”.

#### 1. TESIS EN CONTRA DEL RECONOCIMIENTO DE EFECTOS AL MATRIMONIO POLIGÁMICO

La jurisprudencia y la DGRN han venido entendiendo, unánimemente, que el matrimonio poligámico atenta contra la concepción de matrimonio vigente en nuestro país (monogamia), así como contra la igualdad entre hombres y mujeres, reconocida constitucionalmente, por suponer la sumisión de estas a aquellos<sup>16</sup>. Todos estos principios se entienden incluidos dentro del concepto de orden público internacional, no solo en España, sino en el resto de Estados miembro de la Unión Europea<sup>17</sup>, motivo por el que la poligamia es rechazada a nivel europeo.

<sup>11</sup> CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: “Matrimonio y parejas de hecho”, *op. cit.* (p. 150).

<sup>12</sup> CASTELLANOS RUIZ, M. J.: “Denegación de la nacionalidad española por poligamia: análisis jurisprudencial”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (marzo 2018), volumen 10, núm. 1, pp. 94-126 (p. 97); y CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: “Matrimonio y parejas de hecho”, *op. cit.* (p.150).

<sup>13</sup> CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: “Matrimonio y parejas de hecho”, *op. cit.* (p. 151).

<sup>14</sup> CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: “Matrimonio y parejas de hecho”, *op. cit.* (p. 151).

<sup>15</sup> LÓPEZ TERRADA, E.: *Uniones matrimoniales y uniones de hecho en el Régimen General de la Seguridad Social*, Valencia, Tirant Lo Blanch, Laboral Práctico, 2008, p. 63, y doctrina que ahí se cita.

<sup>16</sup> SSTs de 19 de junio de 2008 (Rec. núm. 6358/2002), de 14 de julio de 2009 (Rec. núm. 5242/2005) y de 14 de diciembre de 2017 (Rec. núm. 1178/2016).

<sup>17</sup> SOTO MAYOR, M.: “Eficacia de las relaciones poligámicas en el orden social: derecho a la pensión de viudedad de varios cónyuges coetáneos del causante”, *Bitácora Millennium*, núm. 3, 2016, versión electrónica, pp. 5-6/14 y doctrina ahí citada.

Concretamente, el principio de igualdad entre hombres y mujeres, plasmado con carácter general en el art. 14 CE, tiene una “manifestación específica” en el art. 32.1 CE<sup>18</sup>, precepto donde se reconoce al hombre y a la mujer el derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica. Este derecho fundamental a la igualdad debe interpretarse a la luz de las normas supranacionales en la materia, por mandato constitucional (art. 10.2 CE). Entre ellas, puede citarse el art. 1 en cuanto al principio de igualdad general y el art. 16.1 DUDH<sup>19</sup>, en cuanto a la igualdad de los contrayentes; el art. 3 con carácter general (igualdad en el goce de todos los derechos civiles y políticos) y el art. 23.4 PIDCP<sup>20</sup> en relación con los esposos; el art. 16.1 del CNU<sup>21</sup> en cuanto a la adopción de medidas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio; y el art. 23 CDFUE<sup>22</sup> en relación con el principio de igualdad general entre hombres y mujeres.

Del análisis conjunto de estos textos normativos, se deduce con claridad que la poligamia atenta contra el derecho fundamental a la igualdad al no conferir los mismos derechos a los hombres que a las mujeres en cuanto a la posibilidad de contraer matrimonio con más de una persona simultáneamente. Además, tal y como ya ha reconocido en numerosas ocasiones el TS, esta situación supone, de facto, la sumisión de las mujeres a los hombres<sup>23</sup>, lo que debe ser reprochado también desde el plano de la dignidad constitucional de la mujer (art. 10.1 CE)<sup>24</sup>. Por lo tanto, la poligamia atenta contra dos derechos fundamentales especialmente protegidos por el ordenamiento jurídico español e internacional, derechos a los que se les otorga una especial protección debido a su relevancia.

Son precisamente las implicaciones que tiene la poligamia sobre el principio de igualdad y no discriminación, sobre la dignidad de la mujer y sobre la concepción monógama del matrimonio, las que han llevado al legislador español a impedir a los que estén ligados con vínculo matrimonial previo no disuelto o declarado nulo que puedan volver a contraer matrimonio (art. 46.2º CC) y, en el caso de que lo hicieran, que el segundo y posteriores matrimonios sean considerados nulos (art. 73.2 en relación con el art. 46.2, ambos del CC). Es más, el legislador español ha otorgado el máximo reproche jurídico posible en nuestro ordenamiento a esta institución, tipificando la poligamia como un delito doloso contra las relaciones familiares en el Código Penal (art. 217).

En esta misma línea, aunque la ley personal del extranjero en cuestión admita esta modalidad matrimonial, se prohíbe la reagrupación familiar de más de una esposa en territorio español (art. 17.1.a)<sup>25</sup> de la Ley 4/2000<sup>26</sup>, art. 53.a) RD 557/2011<sup>27</sup> y 4.4 Directiva 200/86/CE<sup>28</sup>).

<sup>18</sup> SSTC 159/1989, de 6 de octubre y 194/2014, de 1 de diciembre, entre otras.

<sup>19</sup> Declaración Universal de Derechos Humanos Adoptada y proclamada por la Asamblea General en su resolución 217 A (III), de 10 de diciembre de 1948.

<sup>20</sup> Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, hecho en Nueva York el 19 de diciembre de 1966.

<sup>21</sup> Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, hecha en Nueva York el 18 de diciembre de 1979.

<sup>22</sup> Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (2000/C 364/01).

<sup>23</sup> SSTs de 19 de junio de 2008 (Rec. núm. 6358/2002), de 14 de julio de 2009 (Rec. núm. 5242/2005) y de 14 de diciembre de 2017 (Rec. núm. 1178/2016).

<sup>24</sup> LABACA ZABALA, M.L.: “La familia polígama y pensión de viudedad”, *Aranzadi Social*, núm. 22, 2004, versión electrónica, p. 2/21.

<sup>25</sup> No obstante, la redacción de este artículo ha sido ampliamente criticada por dar la posibilidad al marido de elegir libremente la esposa a la que reagrupar, atentando así contra el principio de igualdad y no discriminación, perjudicando la seguridad jurídica a nivel internacional. Igualmente, también se ha criticado desde el punto de vista de los derechos de los menores, pues, aunque sus madres no hayan sido “elegidas” para agruparse con su padre, ellos podrían serlo, apartándolos así de su progenitora. Sobre este particular, *vid.* CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: “Matrimonio y parejas de hecho”, *op. cit.* (pp. 155-156) y doctrina que ahí se cita.

Una solución aportada por alguna autora ha sido, sobre la base del Derecho comparado (Alemania, Francia y Reino Unido), dar preferencia a la primera esposa como única cónyuge legítima (GARCÍA VALVERDE, M. D.: “Mujeres musulmanas en España: poligamia y derecho a la pensión de viudedad”, en VV.AA.: *Islam: Pasado, presente y futuro. ¿Hacia una sociedad intercultural?*, CARBALLEIRA DEBASA, A. M. y GONZÁLEZ SANTOS, M. T. (Coords.), Madrid, Dykinson, 2016, pp. 129-146 -p. 133-), si bien ello no solucionaría los problemas relacionados con los derechos de los menores.

<sup>26</sup> Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

Sobre la base de este frontal reproche de nuestro ordenamiento jurídico a la institución de la poligamia, una parte de la doctrina científica y judicial ha defendido una tesis radical en esta materia, aplicando estrictamente la cláusula de orden público internacional. Según esta posición doctrinal, el segundo y, en su caso, posteriores matrimonios son nulos de pleno derecho, por lo que ningún efecto pueden producir (“*quod nullum est ab initio, nullum effectum producet*”). Así, en lo que al derecho de pensión de viudedad se refiere, esta tesis defiende que la única esposa que podría ser considerada beneficiaria de la pensión de viudedad sería la primera, por ser la única “cónyuge legítima”<sup>29</sup>.

## 2. TESIS A FAVOR DEL RECONOCIMIENTO DE CIERTOS EFECTOS AL MATRIMONIO POLIGÁMICO

Esta segunda tesis trata de aportar una solución sin tener en cuenta únicamente la visión occidental del problema. Así, aunque no puede negarse que el régimen matrimonial poligámico es contrario a la igualdad y dignidad constitucional de la mujer y a la concepción española de la institución matrimonial<sup>30</sup>, lo cierto es que en los supuestos de poligamia no suele existir ningún sujeto español, siendo su único vínculo con nuestro Estado la residencia y trabajo de uno de los contrayentes (el varón) en el mismo. Es por ello por lo que se considera aplicable una concepción atenuada del orden público internacional<sup>31</sup>.

En virtud de esta teoría, se podrían reconocer ciertos efectos atenuados dentro de las fronteras estatales a los matrimonios poligámicos celebrados válidamente en el extranjero dado que este reconocimiento “parcial” (que podría hacerse teniendo en cuenta únicamente las disposiciones del ordenamiento jurídico extranjero en el que se celebró) no implica la validez de este matrimonio en el foro<sup>32</sup>.

Siguiendo este razonamiento, la posición mayoritaria actual diferencia entre los efectos jurídicos “nucleares” y “periféricos” de los matrimonios poligámicos, admitiendo el reconocimiento únicamente de estos últimos.

Los efectos “nucleares” pueden definirse como aquellos efectos “constitutivos” del matrimonio<sup>33</sup>, es decir, aquellos que suponen un reconocimiento o validación del mismo. El principal efecto “nuclear” del matrimonio poligámico consistiría en su inscripción en Registro

<sup>27</sup> Real Decreto 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009.

<sup>28</sup> Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar.

<sup>29</sup> En este sentido se pronuncian las sentencias del TSJ de Cataluña, de 30 de julio de 2003 (Rec. 2864/2002) y de 25 de abril de 2016 (Rec. 768/2016), y del TSJ de la Comunidad Valenciana, de 6 de junio de 2005 (Rec. 1558/2005).

No obstante, en la STSJ de Cataluña, de 25 de abril de 2016 (Rec. 768/2016), se reconoce la existencia de dos excepciones y, por tanto, se admite la posibilidad de que los segundos y posteriores matrimonios poligámicos surtan efectos limitados: situaciones amparadas dentro de los Convenios de Seguridad Social celebrados con Marruecos y Túnez. Sin embargo, debe señalarse que en la República tunecina está prohibida la poligamia desde antes de la entrada en vigor de dicho convenio internacional.

Esta postura también ha sido defendida por parte de la doctrina científica, por ejemplo: NO VÁZQUEZ, M. F.: “Poligamia y pensión de viudedad”, *Actualidad Laboral*, núm. 16, 2004; PERICÁS SALAZAR, L.: “El matrimonio poligámico y la pensión de viudedad”, *Aranzadi Social*, núm. 9, 2007; y PÉREZ VAQUERO, C.: “Las Consecuencias jurídicas de la poligamia en las pensiones de viudedad...”, *op. cit.*

<sup>30</sup> LABACA ZABALA, M.L.: “La familia polígama y pensión de viudedad”, *op. cit.*, p. 2/21.

<sup>31</sup> Si bien la teoría del “orden público internacional atenuado” es la que parece haberse impuesto en la actualidad, ha habido otras teorías flexibilizadoras tendentes a reconocer efectos a las situaciones de poligamia, como el caso de la polémica “teoría del orden público de proximidad” (en virtud de la misma, el grado de intervención del orden público en una relación jurídica es directamente proporcional al grado de vinculación de la misma con el foro; esto es, si una relación jurídica está muy vinculada con el foro, el orden público podrá intervenir con mayor fuerza, pudiendo impedir la aplicación de una ley extranjera). Sobre este particular, *vid.* CASTELLANOS RUIZ, M. J.: “Denegación de la nacionalidad española por poligamia...”, *op. cit.* (p. 119) y doctrina que ahí se cita y SOTO MAYOR, M.: “Eficacia de las relaciones poligámicas en el orden social...”, *op. cit.*, p. 10/14 y doctrina que ahí se cita.

<sup>32</sup> SOTO MAYOR, M.: “Eficacia de las relaciones poligámicas en el orden social...”, *op. cit.*, pp. 9-10/14 y doctrina que ahí se cita.

<sup>33</sup> CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: “Matrimonio y parejas de hecho”, *op. cit.* (p. 154).

Civil español<sup>34</sup>. Así, tiene sentido que un matrimonio que no podría celebrarse en España no pueda tener acceso al Registro Civil pues, si bien dicha inscripción no es constitutiva sino meramente declarativa, lo cierto es que tal inscripción es fundamental “*para el pleno reconocimiento*” de los efectos del matrimonio (art. 61.2º CC y 59.5 LRC). Por lo tanto, si se permitiera la inscripción de matrimonios en régimen de poligamia, se estaría permitiendo que los mismos desplegaran todos sus efectos, lo cual es evidentemente contrario al orden público internacional español<sup>35</sup> al dañar la estructura básica y la cohesión de nuestra sociedad<sup>36</sup>.

Ahora bien, el hecho de que estos matrimonios no puedan inscribirse en el Registro Civil no implica que los mismos no puedan surtir determinados efectos en nuestro ordenamiento con la finalidad de evitar situaciones injustas<sup>37</sup>. Este resultado injusto provendría de afectar a la “estabilidad legal” de estos matrimonios que han sido válidamente celebrados en origen por el mero hecho de traspasar una frontera y, por ende, la seguridad jurídica, y todo ello para evitar un posible daño a la organización moral y económica nacional que sería bastante reducido en estos casos (en comparación con el daño que produciría la celebración en España de matrimonios poligámicos)<sup>38</sup>.

De este modo, descartados los efectos “nucleares” del matrimonio poligámico celebrado válidamente en el extranjero, solo sería posible el reconocimiento de ciertos efectos “periféricos”, es decir, aquellos que no supongan un reconocimiento directo o validación de la situación de poligamia, sino que deriven de la misma (en una especie de segundo plano). Dentro de esta tipología de efectos se encontrarían, entre otros, la reagrupación familiar, los derechos sucesorios de las esposas e hijos, la filiación de los hijos<sup>39</sup> y, muy especialmente (por ser el objeto de la presente comunicación), el derecho a la pensión de viudedad por parte de todas las esposas.

Centrando el análisis en este último efecto periférico, es importante recordar lo dispuesto en la LGSS<sup>40</sup>. En primer lugar, los extranjeros que residan o se encuentren legalmente en España y ejerzan aquí una actividad estarán incluidos en el ámbito de aplicación del sistema de la Seguridad

<sup>34</sup> También se ha considerado como parte de esos efectos “nucleares” la adquisición de la nacionalidad española por parte del extranjero polígamo por residencia. No obstante, debe precisarse que la denegación de la nacionalidad a los extranjeros polígamos residentes en España se ha venido fundamentando en la inexistencia del “*suficiente grado de integración en la sociedad española*” (SSTS de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de 19 de junio de 2008 (Rec. núm. 6358/2002) y de 14 de julio de 2009 (Rec. núm. 5242/2005), entre otras), requisito exigido en el art. 22.4 CC, sin necesidad de acudir a la cláusula genérica del orden público. Esta denegación de la nacionalidad podría considerarse razonable, pues una persona que ejerce efectivamente la poligamia (régimen familiar repudiado por la sociedad española y su ordenamiento jurídico), evidencia una falta de integración en la organización social del Estado que, además, supone la conculcación de importantes principios reconocidos a nivel nacional e internacional, incumpliendo diversos preceptos de la norma suprema de nuestro ordenamiento y del Código Civil (BARRADA, A.: “Los derechos de Seguridad Social en la Constitución española de 1978”, *Revista de Seguridad Social*, núm. 2, 1979). No olvidemos que uno de los requisitos comunes para la validez de la adquisición de la nacionalidad española es que se jure o prometa “*obediencia a la Constitución y a las leyes*” (art. 23.a) CC), promesa/juramento que se estaría incumpliendo en el mismo momento de realizarlo.

No obstante lo anterior, como consecuencia del cambio normativo producido en materia de adquisición de la nacionalidad española (en vigor desde el 15 de octubre de 2015), parte de la doctrina considera que ya no se podrá denegar la nacionalidad sobre la base de la falta de “*suficiente grado de integración en la sociedad española*” si el solicitante ha superado la prueba de dominio del español y de conocimientos constitucionales y socioculturales, teniendo que recurrir a la excepción de orden público del art. 21.2 CC. *Vid.* SOTO MAYOR, M.: “Eficacia de las relaciones poligámicas en el orden social...”, *op. cit.*, pp. 12-13/14.

<sup>35</sup> El rechazo a la celebración del matrimonio poligámico dentro de sus fronteras, así como la no inscripción del mismo, es algo común en todos los Estados miembro de la Unión Europea. *Vid.* SOTO MAYOR, M.: “Eficacia de las relaciones poligámicas en el orden social...”, *op. cit.*, p. 4/14.

<sup>36</sup> CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: “Matrimonio y parejas de hecho”, *op. cit.* (p. 152).

<sup>37</sup> ORTIZ VIDAL, M. D.: “El matrimonio poligámico y su eficacia jurídica en España: el esperado pronunciamiento del Tribunal Supremo en relación con el derecho a la pensión de viudedad”, *RTSS. CEF*, núm. 424, 2018, pp. 65-88 (p. 75) y doctrina que ahí se cita.

<sup>38</sup> CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: “Matrimonio y parejas de hecho”, *op. cit.* (pp. 151-152) y doctrina que ahí se cita.

<sup>39</sup> Para mayor información sobre el reconocimiento de estos otros efectos periféricos, *vid.* CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: “Matrimonio y parejas de hecho”, *op. cit.* (pp. 155-158).

<sup>40</sup> Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

Social española, a efectos de las prestaciones contributivas (art. 7.1 LGSS). Entre las prestaciones contributivas que podrían generar los extranjeros afiliados y cotizantes a la Seguridad Social española se encuentra la pensión de viudedad (regulada en los arts. 219 a 222 LGSS). Uno de los requisitos para acceder a esta pensión en España es haber contraído matrimonio legítimo con el/la causante (arts. 219 y 220 LGSS), sin que se haga ninguna apreciación referente a los supuestos de poligamia. En este punto, parte de la doctrina ha entendido que nos encontramos ante una laguna legal que, por tanto, deberá ser colmada con el recurso a otras normas y principios del ordenamiento jurídico, mientras que para otro sector doctrinal se trata de una opción legislativa a favor de la existencia de un único cónyuge superviviente<sup>41</sup> (en coherencia con el resto del ordenamiento español) y, por tanto, no hay laguna legal que deba ser colmada<sup>42</sup>.

La posición mayoritaria ha defendido el derecho de la segunda y sucesivas esposas coetáneas a la pensión de viudedad pues, de lo contrario, se les estaría dando un trato materialmente discriminatorio, colocando a estas familias (incluyendo a sus hijos) en una situación de desprotección económica, social y jurídica<sup>43</sup>. Así, se parte de la idea de considerar a las esposas como la parte débil de la unión matrimonial que, en caso de no reconocérseles el derecho a la pensión de viudedad, quedarían desprotegidas en una evidente situación de necesidad<sup>44</sup>. La conclusión contraria conduciría a un efecto perverso como es que, con la finalidad de garantizar la dignidad de la mujer, se le acabe negando su protección<sup>45</sup>.

Esta situación injusta se evitaría aplicando la excepción de orden público “atenuado”. Pero debe matizarse que la admisión de estos efectos en nuestro ordenamiento jurídico no debe entenderse, en modo alguno, como un modo de promover o apoyar esta institución, pues la misma sigue siendo rechazada frontalmente por multitud de normas, entre ellas, la CE y el CP. Sin embargo, no podemos cerrar los ojos ante una realidad cada día más presente que no es más que la manifestación de una multiculturalidad creciente en nuestra sociedad, con diferencias que deben respetarse en la medida de lo posible, siempre que ello no suponga renunciar a la propia cultura e identidad nacionales<sup>46</sup>. Por lo tanto, debe abogarse por una solución dialogada entre civilizaciones (con sus respectivas normas), que no suponga la imposición radical de una frente a la otra<sup>47</sup>.

No puede obviarse que la poligamia forma parte de la cultura (o, incluso, religión) de un número importante de musulmanes, pudiendo entenderse la misma como un elemento básico del libre desarrollo de su personalidad<sup>48</sup>. En este sentido, debe recordarse que el art. 10.1 CE, precepto que garantiza la dignidad de la persona y los derechos inviolables que le son inherentes, también garantiza el libre desarrollo de la personalidad, por ser fundamento del orden político y de la paz social. Debido a su importante peso en nuestro ordenamiento jurídico, el libre ejercicio de esta libertad debe ser respetado y tolerado (en atención a la neutralidad que debe regir en nuestro ordenamiento jurídico, tanto desde el punto de vista de la religión, como de la ideología y la cultura), y solo podrá ser limitado cuando se pongan en riesgo los principios y valores del ordenamiento español, recurriendo a la cláusula del orden público internacional<sup>49</sup>.

<sup>41</sup> En este segundo sentido, DE NO VAZQUEZ, M. T.: “Poligamia y pensión de viudedad”, *Actualidad Laboral*, núm. 16, 2004.

<sup>42</sup> PÉREZ VAQUERO, C.: “Las consecuencias jurídicas de la poligamia en las pensiones de viudedad...”, *op. cit.* (p. 59).

<sup>43</sup> ORTIZ VIDAL, M. D.: “El matrimonio poligámico y su eficacia jurídica en España...”, *op. cit.* (p. 86).

<sup>44</sup> LÓPEZ TERRADA, E.: *Uniones matrimoniales y uniones de hecho...*, *op. cit.*, pp. 62-63.

<sup>45</sup> DESDENTADO DAROCA, E.: “Pensión de viudedad y poligamia: un problema sin resolver y una propuesta de solución”, *Revista de Seguridad Social y Laboral*, núm. 228, 2009, pp. 22-27 (p. 24).

<sup>46</sup> OLARTE ENCABO, S.: “Multiculturalidad y Seguridad Social: doctrina constitucional sobre la pensión de viudedad a la luz de la Ley 40/2007”, *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada*, núm. 11, 2008, pp. 139-154 (p. 144).

<sup>47</sup> CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: “Matrimonio y parejas de hecho”, *op. cit.* (p. 152).

<sup>48</sup> LABACA ZABALA, M.L.: “La familia polígama y pensión de viudedad”, *op. cit.*, p. 2/21.

<sup>49</sup> LABACA ZABALA, M.L.: “La familia polígama y pensión de viudedad”, *op. cit.*, p. 2/21.

Los partidarios del no reconocimiento de efectos a estos matrimonios alegan que la protección a la familia y la Seguridad Social no son verdaderos derechos, sino simples directrices<sup>50</sup>. A este respecto, debe partirse de que todas las normas constitucionales recogidas en los principios rectores de la política social y económica están conectadas con el principio de igualdad en sentido material (igualdad real y efectiva)<sup>51</sup>.

Si bien es cierto que los derechos recogidos en este apartado carecen de contenido esencial y de invocabilidad directa ante los Tribunales, siendo necesario su desarrollo legislativo para su efectiva aplicación (su destinatario inmediato y directo son los poderes públicos, no los ciudadanos)<sup>52</sup>, no es cierto que los mismos sean simples declaraciones o enunciados programáticos. Y ello porque, en primer lugar, todas las disposiciones constitucionales tienen valor normativo, con independencia de su alcance específico (art. 9.1 CE); y, en segundo lugar, porque contienen valores y criterios normativizados que deben utilizarse para concretar, desarrollar e interpretar el ordenamiento jurídico, esto es, su reconocimiento, respeto y protección debe informar la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos (art. 53.3 CE)<sup>53</sup>. La referencia a la práctica judicial implica que los jueces y tribunales no pueden desconocer estos principios rectores a la hora de interpretar y aplicar las normas (de igual modo, art. 5.1 LOP<sup>54</sup>), debiendo hacer uso de los mismos como “parámetros de constitucionalidad”<sup>55</sup>.

Entre los principios rectores de la política social y económica recogidos en el Capítulo III, del Título I de la Carta Magna, deben destacarse tres relacionados con el tema que nos ocupa.

Por un lado, el art. 39.1 CE reconoce el deber de los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia, tal y como lo hace el art. 33 CDFUE<sup>56</sup>. En análogo sentido, el art. 16.3 DUDH y el art. 23.1 PIDCP identifican a la familia como “*el elemento natural y fundamental de la sociedad*”, otorgándole el derecho a la protección de la propia sociedad y del Estado.

En este punto, el debate doctrinal se ha centrado en determinar el concepto de “familia” a estos efectos, es decir, si la misma podría abarcar también situaciones de poligamia<sup>57</sup>. Esto, entendemos, podría resolverse aplicando lo dispuesto en el art. 3.1 CC, precepto en virtud del cual las normas jurídicas deben interpretarse en relación con la “*realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas*”. Hoy en día, con el auge de las parejas de hecho y de las parejas del mismo sexo y el incremento de sus respectivos derechos, podría entenderse que el concepto tradicional de familia derivada de la unión matrimonial monógama ha cedido ante nuevas realidades<sup>58</sup> que, incluso, podría abarcar situaciones como la

<sup>50</sup> GARCÍA VALVERDE, M. D.: “Mujeres musulmanas en España: poligamia y derecho a la pensión de viudedad”, *op. cit.* (p.144).

<sup>51</sup> VV.AA.: *Manual de Derecho Constitucional, Volumen II*, BALAGUER CALLEJÓN, F. (Coord.), Madrid, Tecnos, 12ª Edición, 2017, p. 348.

<sup>52</sup> VV.AA.: *Manual de Derecho Constitucional, Volumen II, op. cit.*, p. 349.

<sup>53</sup> VV.AA.: *Manual de Derecho Constitucional, Volumen II, op. cit.*, p. 363.

<sup>54</sup> Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

<sup>55</sup> VV.AA.: *Manual de Derecho Constitucional, Volumen II, op. cit.*, p. 366.

<sup>56</sup> Cabe recordar que la CDFUE tiene el mismo valor jurídico que los Tratados (art. 6.1 TUE) y, por tanto, forma parte del Derecho originario de la Unión. Con el Tratado de Lisboa (2007) se le confiere dicho valor, momento a partir del cual los principios, derechos y libertades en ella recogidos adquieren valor jurídico vinculante para las instituciones y organismos públicos de los Estados miembros y de la Unión Europea, incluyendo a los jueces y tribunales. *Vid.* DANS ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, L.: “Lección VI. Libre circulación de trabajadores”, en VV.AA.: *Lecciones de derecho social de la Unión Europea*, NOGUEIRA GUASTAVINO, M., FOTINOPOULOU BASURKO, O. y MIRANDA BOTO, J. M. (Dir.), Valencia, Tirant lo Blanch, 1ª Edición, 2012, pp. 161- 186 (p. 163).

<sup>57</sup> Sobre este debate doctrinal, *vid.* LABACA ZABALA, M.L.: “La familia polígama y pensión de viudedad”, *op. cit.*, p. 16/21.

<sup>58</sup> El TC ha venido negando que la familia que se pretende proteger no es solo la derivada del matrimonio, sin que pueda interpretarse este concepto de modo restrictivo (SSTC 222/1992, FJ 4 y 5; y 116/1999, FJ 13, entre otras).



poligamia<sup>59</sup>, pues no cabe duda alguna de que la misma genera una unidad familiar, más allá de la valoración subjetiva que se le otorgue a este régimen.

Asimismo, el art. 39.2 CE reconoce el deber de los poderes públicos de asegurar la protección integral de los hijos, en igualdad de condiciones, con independencia de su filiación (como manifestación del derecho fundamental a la igualdad cuya conculcación supondría una discriminación por razón de nacimiento, prohibida por la CE<sup>60</sup>), y de las madres, con independencia de su estado civil. También la DUDH reconoce el mismo derecho a igual protección social para todos los niños, con independencia de su nacimiento dentro o fuera del matrimonio (art. 25.2), al igual que el PIDCP, confiriéndole derecho a las medias de protección que su condición de menor requiere, por su familia, la sociedad y el Estado (art. 24.1). El art. 24 CDFUE se pronuncia en sentido similar, si bien especifica la “consideración primordial” del interés superior del menor.

Por su parte, el art. 41 CE contiene un mandato a los poderes públicos de mantenimiento de un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos, que garantice la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad, siendo una de estas prestaciones sociales la pensión de viudedad (prestación por muerte y supervivencia). En esta línea, el art. 22 DUDH reconoce el derecho de toda persona “a la seguridad social” y a obtener “la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad”. Desde el plano europeo, el art. 34 CDFUE reconoce la existencia un derecho fundamental a la protección social adecuada en el seno de la UE, aunque el mismo está condicionado a la regulación contenida en el Derecho de la UE y en la legislación y prácticas nacionales, sin gozar de eficacia jurídica directa<sup>61</sup>.

En definitiva, no se trata de reconocer plenos efectos y total validez al matrimonio poligámico, sino de reconocer únicamente aquellos efectos que, no siendo incompatibles con los valores fundamentales de nuestro ordenamiento jurídico, permitan una correcta protección social de las esposas e hijos, en aplicación de los principios rectores de la política social y económica (reconocidos nacional e internacionalmente) que deben informar la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Es más, hay autores que han considerado, incluso, que la no regulación expresa de este particular supone un desconocimiento de los principios y valores recogidos en el art. 39 CE, impidiendo el libre desarrollo de la personalidad<sup>62</sup>.

Una vez decantada la balanza a favor del reconocimiento de determinados efectos de los matrimonios poligámicos, entre ellos, el derecho de todas las esposas a la pensión de viudedad (lo cual podría entenderse como una solución justa y razonable<sup>63</sup>), la siguiente cuestión es determinar el reparto de la misma entre todas ellas. Tres son las tesis mantenidas hasta la fecha:

- 1) Cada una de las esposas coetáneas debería tener derecho a obtener una pensión de viudedad “*in integrum*”. Esta postura es defendida minoritariamente por la doctrina, pero no ha sido adoptada por ningún órgano judicial hasta la fecha. El argumento fundamental sobre el que se sustenta esta tesis es la necesidad de dar una verdadera cobertura a la

<sup>59</sup> Así lo ha entendido, por ejemplo, LABACA ZABALA, M.L.: “La familia polígama y pensión de viudedad”, *op. cit.*, p. 17/21.

<sup>60</sup> VV.AA.: *Manual de Derecho Constitucional, Volumen II*, *op. cit.* (p. 360).

<sup>61</sup> CARRASCOSA BERMEO, D.: “Lección VII. Seguridad Social de los trabajadores migrantes (I): rasgos y principios generales”, en VV.AA.: *Lecciones de derecho social de la Unión Europea*, NOGUEIRA GUASTAVINO, M., FOTINOPOULOU BASURKO, O. y MIRANDA BOTO, J. M. (Dirs.), Valencia, Tirant lo Blanch, 1ª Edición, 2012, pp. 187-214 (p. 191) y DANS ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, L.: “Las normas de coordinación de los sistemas europeos de Seguridad Social”, *Trabajo y Derecho*, Monográfico 4/2016, núm. 4, 2016, versión electrónica, p. 3/15.

<sup>62</sup> En esta línea, LABACA ZABALA, M.L.: “La familia polígama y pensión de viudedad”, *op. cit.*, pp. 4 y 18/21.

<sup>63</sup> CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: “Matrimonio y parejas de hecho”, *op. cit.* (p. 158).

situación de necesidad de todas las cónyuges supervivientes tras el fallecimiento del causante<sup>64</sup>.

Esta postura cuenta con bastantes detractores que se han posicionado expresamente en contra de esta posibilidad por considerar que la misma es contraria al principio de unidad de la pensión de viudedad y a la contención del gasto público plasmada en la fijación de límites máximos al importe de las prestaciones sociales<sup>65</sup>, sin tener respaldo legal alguno<sup>66</sup>. No puede obviarse en este punto la debida correspondencia cotización-prestaciones que debe regir en el ámbito de las prestaciones contributivas. Aceptar que un trabajador que está cotizando en igualdad de condiciones que el resto en situación comparable pueda ser causante de dos o más pensiones de viudedad íntegras supondría un grave quiebro del sistema de Seguridad Social, además del perjuicio económico que ello supondría al sistema en general, y al resto de perceptores de prestaciones en particular<sup>67</sup>.

- 2) El importe de la pensión de viudedad determinada por la normativa española actúa como un límite máximo (aplicando el orden público como factor delimitador) y, por tanto, el mismo debe repartirse entre las diferentes esposas en proporción al tiempo vivido por cada una de ellas con el causante<sup>68</sup>. Esta solución se basa en considerar la existencia de una laguna jurídica en este punto que podría colmarse aplicando analógicamente lo establecido para los supuestos de separación, divorcio o nulidad matrimonial en el actual art. 220.2 LGSS, ofreciendo así una solución “equitativa”<sup>69</sup>.
- 3) El importe de la pensión de viudedad determinada por la normativa española actúa como un límite máximo (aplicando el orden público como factor delimitador) y, por tanto, el mismo debe repartirse entre las diferentes esposas coetáneas de forma equitativa, es decir, por partes iguales<sup>70</sup>. La fundamentación de esta tesis viene dada por la inexistencia de

<sup>64</sup> En este sentido, CHACARTEGUI JÁVEGA, C.: “La pensión de viudedad ante la diversidad social y la sociedad multicultural: la poligamia y las parejas del mismo sexo como supuestos paradigmáticos”, en VV.AA.: *Las últimas reformas (2004) y el futuro de la Seguridad Social*, LÓPEZ LÓPEZ, J. (Coord.), Albacete, Bomarzo, 2005, pp. 130-134 y DÍAZ AZNARTE, M. T.: *Acción protectora de la Seguridad Social por muerte y supervivencia*, Barcelona, Bosh, 2003, p. 102.

<sup>65</sup> GUAMÁN HERNÁNDEZ, A. y AZCÁRRAGA MONXONIS, C.: “Poligamia y pensión de viudedad: las soluciones jurisprudenciales a la luz de la reforma del art. 174 de la LGSS”, en VV.AA.: *La reforma de la Seguridad Social: III jornadas universitarias valencianas de derecho del trabajo y de la seguridad social*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 73-87 (p. 82) y doctrina que ahí se cita.

<sup>66</sup> Expresamente en contra de esta posibilidad se han pronunciado los tribunales en STSJ de Galicia, de 2 de abril de 2002 y voto particular de la STSJ de Cataluña, de 30 de julio de 2003 (Rec. 2864/2002). En ambos casos se ha mantenido esta postura por entender que la misma no está prevista ni considerada legalmente viable, entrando en juego el orden público como delimitador o limitador de la cuantía prestacional.

<sup>67</sup> Para DESDENTADO DAROCA, resultaría “irracional” que con la pensión de viudedad concedida de este modo los beneficiarios llegaran a percibir más de lo que percibirían del propio causante, teniendo en cuenta la función de sustitución de rentas de esta prestación contributiva. *Vid.* DESDENTADO DAROCA, E.: “Pensión de viudedad y poligamia...”, *op. cit.* (p. 26).

<sup>68</sup> En este sentido, STSJ de Galicia, de 2 de abril de 2002 (Rec. 4795/1998). Si bien en el caso enjuiciado se repartió la pensión a partes iguales entre las esposas, el Tribunal matiza que la concreta distribución de la misma no fue objeto de impugnación. No obstante, aprovecha la ocasión para decantarse por una distribución en función del tiempo de duración de los matrimonios, por aplicación analógica de lo dispuesto en materia de separación y divorcio (FD Cuarto). En igual sentido se ha pronunciado la magistrada Dña. Rosa María Virolés Piñol en el voto particular formulado en la STSJ de Cataluña, de 30 de julio de 2003 (Rec. 2864/2002).

En las SSTSJ de Madrid, de 26 de diciembre de 2003 (Rec. 5943/2003) y 31 de mayo de 2005 (Rec. 2344/2005) también se utiliza este criterio. Sin embargo, en ambos casos existe una importante particularidad: ha habido separación previa al segundo matrimonio, habiendo tenido lugar en países donde no está permitida la bigamia (España y Perú, respectivamente), considerando a las segundas esposas como contrayentes de buena fe.

<sup>69</sup> Parte de la doctrina también avala esta interpretación, por ejemplo, GARCÍA RODRÍGUEZ, I.: “Nota a la STSJ de Madrid, núm. 456/2002, Sala de lo Social, sección 4ª, de 29 de julio de 2002”, *REDI*, Vol. LV, 2003, pp. 450-462; MOLINA HERMOSILLA, O.: “Poligamia de trabajador extranjero y consiguiente reconocimiento de la pensión de viudedad a favor de sus dos cónyuges”, *Aranzadi Social*, núm. 8, 2001; y SOTO MAYOR, M.: “Eficacia de las relaciones poligámicas en el orden social...”, *op. cit.*, p. 11-12/14.

<sup>70</sup> En este sentido se pronuncian las sentencias del TSJ de Andalucía (Málaga) de 30 de enero de 2003 (Rec. 934/2002) y 18 de junio de 2015 (Rec. 591/2015) y del TS (Sala de lo Contencioso-Administrativo), de 24 de enero de 2018 (Rec.

(...)

regulación expresa en este sentido, con carácter general, sin que esta laguna pueda colmarse por la aplicación de lo dispuesto en el art. 220.2 LGSS, pues, en ese caso, todos los matrimonios son igualmente válidos y todos ellos permanecen igualmente en vigor en el momento del hecho causante (el fallecimiento del esposo). Por ello, no puede hacerse de mejor calidad a una esposa frente al resto en función del tiempo de convivencia, pues lo que exige la norma para ser beneficiario de la pensión es únicamente ser “cónyuge legítima”, calificación que debe otorgarse a todas ellas por igual, de conformidad con su ley personal. En la actualidad, esta tesis es la que cuenta con un mayor respaldo<sup>71</sup>, incluso en el Derecho comparado<sup>72</sup>, al entender que este reparto garantiza la seguridad jurídica internacional, la igualdad ante la ley, cubre las necesidades de protección de las esposas y no vulnera el orden público internacional “presupuestario” español al no perjudicar las arcas públicas<sup>73</sup>. A mayor abundamiento, esta es la opción elegida por el Estado español en la única norma internacional adoptada en este sentido (como se analizará a continuación), por lo que no resultaría razonable modificar el modo de reparto en función de si existe convenio aplicable o no<sup>74</sup>.

### 3. EL CASO PARTICULAR DE LOS SÚBDITOS MARROQUÍES

Las anteriores tesis doctrinales se han establecido con carácter general para todos los supuestos de matrimonios poligámicos. Sin embargo, existe un caso particular: el de los súbditos marroquíes. Este caso tiene especial relevancia si se tiene en cuenta que más del 66 % de los extranjeros residentes en España procedentes de países permisivos con la poligamia proceden de este Estado (es decir, más de 750.000 personas)<sup>75</sup>.

En este punto es importante señalar que Marruecos es el único de todos los Estados donde la poligamia está actualmente permitida que ha suscrito un convenio internacional en materia de Seguridad Social con España. El Convenio de Seguridad Social entre España y el Reino de Marruecos, de 8 de noviembre de 1979<sup>76</sup> (en vigor desde el 1 de octubre de 1982), señala que la eventual pensión de viudedad causada por un trabajador marroquí deberá ser distribuida, en partes iguales, “entre quienes resulten ser, conforme a la legislación marroquí, beneficiarias de dicha prestación” (art. 23)<sup>77</sup>. Debe recordarse que este Convenio, desde su publicación oficial en España (el 13 de octubre de 1982), pasó a formar parte del ordenamiento interno, tal y como señala el art. 96.1 CE, sin que se haya cuestionado formalmente su constitucionalidad.

---

98/2017). El TSJ de Madrid, en su sentencia de 29 de julio de 2002 (Rec. 3180/2002), en un caso de repudio, aplica la distribución por partes iguales durante el periodo de tiempo en el que ambos matrimonios permanecieron vigentes.

La STSJ de las Islas Canarias (Las Palmas), de 30 de octubre de 2013 (Rec. 1701/2011), no determina expresamente el modo de reparto de la pensión, pero cita textualmente el contenido del art. 23 del Convenio de Seguridad Social celebrado con Marruecos, por lo que podría entenderse que acoge la distribución de la pensión por partes iguales que se señala en dicho precepto.

<sup>71</sup> DESDENTADO DAROCA, E.: “Pensión de viudedad y poligamia...”, *op. cit.* (p. 24) y MOLINS GARCÍA-ATANCE, J.: “La pensión de viudedad en la sociedad multicultural”, *Revista del Poder Judicial*, núm. 85, 2007, p. 373.

<sup>72</sup> *Vid.* DESDENTADO DAROCA, E.: “Pensión de viudedad y poligamia...”, *op. cit.* (p. 26).

<sup>73</sup> QUIÑONES ESCÁMEZ, A.: *Derecho e inmigración: el repudio islámico en Europa*, Barcelona, Fundación La Caixa, 2000.

<sup>74</sup> DESDENTADO DAROCA, E.: “Pensión de viudedad y poligamia...”, *op. cit.* (p. 27).

<sup>75</sup> Datos extraídos de la Estadística del Padrón Continuo elaborada por el INE (datos provisionales a 1 de enero de 2018).

<sup>76</sup> Modificado por el Protocolo Adicional al Convenio, de 27 de enero de 1998 (publicado en el BOE el 24 de noviembre de 2001).

<sup>77</sup> En el Convenio de Seguridad Social entre el Reino de España y la República de Túnez, de 26 de febrero de 2001 (en vigor desde 1 de enero de 2002), también se prevé una posibilidad análoga a la prevista en el Convenio con Marruecos. Así, en el art. 24 del Convenio con la República tunecina se señala que “en caso de que exista más de una viuda con derecho, la pensión de supervivencia se repartirá entre ellas a partes iguales”. No obstante lo anterior, desde el año 1957, la poligamia está prohibida en este Estado, por lo que no hay posibilidad de que se den estas situaciones en la actualidad. De cualquier modo, no hay que perder de vista el contenido de este Convenio por sí, en algún momento, la poligamia se volviera a instaurar legalmente en dicho país, como ya ha ocurrido en otras ocasiones (por ejemplo, en Kenia, donde se legalizó el libre ejercicio de la poliginia en el año 2014).

A este respecto, resulta interesante conocer el sentido del fallo del Tribunal Constitucional belga, en su sentencia núm. 96/2009, de 4 de junio, en el que se resuelve una cuestión prejudicial planteada sobre el Convenio internacional suscrito con Marruecos en materia de Seguridad Social (de contenido análogo al hispano-marroquí), por violación de los principios constitucionales de igualdad y no discriminación<sup>78</sup>. En esta sentencia, el TC belga falla a favor de la constitucionalidad de este Convenio, reconociendo una serie de efectos limitados a los matrimonios poligámicos (como ocurre, por ejemplo, en Francia, donde se reconoce el derecho a la pensión de viudedad a todas las esposas coetáneas en determinados supuestos<sup>79</sup>), sobre la base de los siguientes argumentos:

- 1) Esta norma no constituye un acto unilateral de soberanía, sino una norma convencional por la cual Bélgica adquirió un compromiso internacional con respecto a otro Estado. El fin del Convenio era, en particular, suprimir los obstáculos a la ocupación de trabajadores de nacionalidad marroquí en Bélgica y fijarles reglas para la concesión de prestaciones de Seguridad Social cuando su ocupación diera lugar a la percepción de cuotas de Seguridad Social en Bélgica. El legislador consideró la hipótesis en la cual, teniendo como base la nacionalidad marroquí del asegurado (y, más precisamente, que el Derecho marroquí autoriza la poligamia) varias viudas pueden simultáneamente ser beneficiarias de una pensión de supervivencia y evitó, por otra parte, que esta hipótesis diera lugar al pago íntegro de esta pensión a más de una persona.
- 2) No resulta injustificado que, mientras el cónyuge superviviente que concurre solo a la pensión de supervivencia pueda aspirar a la integridad del importe de la pensión, en caso de existir varios cónyuges supervivientes, estos no puedan pretender más que una parte de esta pensión.
- 3) El hecho de que una de las viudas también adquiriese la nacionalidad belga no priva a la medida de su justificación, ya que en el Derecho belga se reconoce –tratándose del sector público- el reparto de la pensión entre el superviviente divorciado y el cónyuge superviviente proporcionalmente a los períodos respectivos de su matrimonio con el sujeto causante. Igualmente, según el artículo 201 del CC belga, el matrimonio nulo puede producir efectos respecto a los cónyuges de buena fe, por lo que pueden existir varias pretensiones respecto a una pensión de supervivencia.
- 4) No conducen a otra conclusión las disposiciones de la constitución belga, combinadas con el art. 14 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos y con los arts. 2 y 26 del PIDCP.

En nuestro país, al igual que en Bélgica, también opera el reparto de la pensión con el/los cónyuge/s históricos y, además, la absoluta falta de validez del matrimonio bigamo no ha impedido que se reconociera, por aplicación de lo dispuesto en el art. 79 del CC, la pensión de viudedad al contrayente supérstite de buena fe, en proporción al tiempo de convivencia con el causante (por todas, STSJ de Madrid de 31 de mayo de 2005, Rec. 2344/2005). Sobre esta cuestión, es importante recordar, del mismo modo, lo dispuesto en la STC núm. 199/04, de 15 de noviembre<sup>80</sup>, y en la sentencia Muñoz Díaz, dictada por el TEDH, el 8 de diciembre de 2009, sobre reconocimiento de efectos en materia de pensión de viudedad del matrimonio celebrado de buena fe<sup>81</sup>.

<sup>78</sup> Extracto de la sentencia disponible en [http://jure.juridat.just.fgov.be/pdfapp/download\\_blob?idpdf=F-20090604-4](http://jure.juridat.just.fgov.be/pdfapp/download_blob?idpdf=F-20090604-4)

<sup>79</sup> Para más información, *vid.* PÉREZ VAQUERO, C.: “Las consecuencias jurídicas de la poligamia en las pensiones de viudedad...”, *op. cit.* (p. 63).

<sup>80</sup> En esta sentencia se reconoció el derecho del viudo a percibir la pensión de viudedad derivada de un matrimonio canónico que no cumplía las condiciones formales exigidas por la Ley dado que, por motivos de conciencia, no se había inscrito en el Registro Civil.

<sup>81</sup> En esta sentencia se reconoció, por unanimidad, la violación del art. 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en relación con el art. 1 del Protocolo nº 1 (párrafo 71), al considerar acreditada una diferencia de trato

(...)

Dadas las similitudes del ordenamiento belga con el español en esta materia, este precedente judicial podría suponer que, en el caso de que se llegara a plantear un recurso/cuestión de constitucionalidad contra el Convenio hispano-marroquí, el texto normativo se defendiera sobre análogos argumentos.

Sin embargo, hasta la fecha, este debate constitucional no se ha producido, entendiéndose parte de la doctrina judicial que el art. 23 del Convenio constituye un reconocimiento expreso de efectos “atenuados” al matrimonio poligámico por parte del Estado español, en su calidad de sujeto de Derecho Internacional<sup>82</sup>. En esta misma línea, el TS ha entendido que, por aplicación de este Convenio, debería reconocerse la pensión de viudedad, por partes iguales, a todas las esposas que estuvieran simultánea y válidamente casadas con el causante, en atención a la ley marroquí, en el momento de su fallecimiento<sup>83</sup>. Y ello por entender que la remisión realizada a la legislación nacional marroquí “no puede ser otra que la de dar cobertura limitada, ampliando o extendiendo la condición de beneficiarias, a las distintas mujeres que [...] estuvieran simultáneamente casadas con el causante” (FD Quinto, STS de 24 de enero de 2018).

No obstante lo anterior, lo novedoso de esta última sentencia del TS es la utilización del contenido del art. 23 del mentado Convenio a efectos interpretativos, más allá de su propio ámbito de aplicación. El Convenio hispano-marroquí no resulta de aplicación al régimen de clases pasivas del Estado (art. 2 del Convenio), regulado en la Ley de Clases Pasivas del Estado<sup>84</sup>. Por ello, el Alto Tribunal no aplica directamente el citado precepto en la resolución del caso de Autos, sino que lo toma como “criterio de interpretación válido por ser una previsión contenida en una norma de rango superior en nuestro ordenamiento jurídico y por estar en juego el principio de igualdad” (FD Quinto). Así pues, partiendo de estos dos criterios, realiza una “interpretación integradora e igualitaria” del art. 38.1 de la Ley de Clases Pasivas del Estado (“tendrá derecho a la pensión de viudedad quien sea cónyuge superviviente del causante de los derechos pasivos”), concluyendo que, también en estos casos, puede ampliarse la condición de beneficiarias de la pensión de viudedad de los súbditos marroquíes causantes de la misma a la segunda y sucesivas esposas que, de conformidad con su ley personal, estuvieran simultáneamente casadas con este<sup>85</sup>. De este modo, la cuestión que se suscita ahora es si esta interpretación “integradora e igualitaria” realizada por el Tribunal Supremo permitiría justificar la aplicación de la misma conclusión fuera del ámbito de los súbditos marroquíes.

---

desproporcionada en materia de matrimonio de buena fe (párrafo 65). Para llegar a esta conclusión, el TEDH recordó que cuando un Estado contratante adopta una normativa previendo el pago de una prestación social, se deberá considerar que esta normativa genera un interés patrimonial dependiente del ámbito de aplicación del artículo 1 del Protocolo núm. 1 para las personas que cumplan sus condiciones (párrafo 44).

Especialmente relevante se considera en este caso la buena fe de la demandante, perteneciente a una comunidad (la gitana) en el seno de la cual la validez del matrimonio según sus propios ritos y tradiciones no ha sido nunca discutida ni considerada contraria al orden público por el Gobierno o por las autoridades nacionales (que, incluso, le han reconocido la condición de esposa a determinados efectos -párrafo 59-), todo lo cual ha generado en la interesada la legítima expectativa de ser considerada como legítima esposa (párrafo 63). Teniendo en cuenta lo anterior, así como un pronunciamiento similar al enjuiciado, resuelto de manera totalmente opuesta por la STC núm. 199/04, de 15 de noviembre de 2004, el TEDH falló a favor de la demandante.

<sup>82</sup> Así, FD Quinto de la STS de 24 de enero de 2018. En esta misma línea, FD Tercero de la STJS de las Islas Canarias, de 30 de octubre de 2013; FD Segundo de la STSJ de Andalucía, de 18 de junio de 2015; y FD Tercero de la STSJ de Cataluña, de 25 de abril de 2016.

<sup>83</sup> Sobre los problemas interpretativos de la remisión a la legislación marroquí que realiza el art. 23 del Convenio hispano-marroquí, *vid.* DESDENTADO DAROCA, E.: “Pensión de viudedad y poligamia...”, *op. cit.* (p. 25) y SOTO MAYOR, M.: “Eficacia de las relaciones poligámicas en el orden social...”, *op. cit.*, pp. 11-12/14.

<sup>84</sup> Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de Ley de Clases Pasivas del Estado.

<sup>85</sup> No obstante, esta interpretación ha contado con el voto particular del magistrado D. José Luis Requero Ibáñez, con adhesión de D. Jorge Rodríguez-Zapata Pérez, al considerar aplicable la excepción de orden público como límite a la interpretación de lo dispuesto en la norma convencional en relación con la Ley de Clases Pasivas del Estado. Entienden que, al ser este precepto una excepción a la aplicación de la cláusula de orden público, su interpretación debería ser estricta y no expansiva ni integradora.

## IV. CONCLUSIONES

El punto de partida para tratar de dar una solución adecuada a esta difícil situación es comprender que no podemos aportar soluciones desde el punto de vista del mundo occidental a una situación extraña al mismo. Es decir, aunque el régimen matrimonial polígamico es contrario a la igualdad y dignidad constitucional de la mujer y a la noción europea de la institución matrimonial, en los supuestos de poligamia no suele existir ningún sujeto español involucrado, siendo su único vínculo con nuestro Estado la residencia y trabajo del esposo en el mismo.

Dicho lo anterior, que no debe perderse de vista, es importante destacar también que el problema del reconocimiento o no del derecho a la pensión de viudedad de las eventuales segundas y posteriores esposas simultáneas de los varones polígamos es un problema de “reconocimiento de decisiones” extranjeras en España. Ello es importante dado que la decisión extranjera en cuestión (el matrimonio polígamico) ya ha tenido lugar válidamente en otro país, sin que el Estado español pueda incidir sobre este hecho pasado ya consumado. Así, la violación de los derechos humanos y derechos fundamentales implicados en estos casos ya se ha producido, pues ha tenido lugar en el momento en el que ese matrimonio polígamico se ha celebrado. Es esta consumación del hecho lesivo y la imposibilidad de incidir en ella la que nos lleva a pensar que el prisma con el que debe analizarse el reconocimiento de los efectos de estos matrimonios en el ordenamiento español debe de ser otro.

Concretamente, consideramos que no nos encontramos ante una verdadera situación de conflicto de derechos en la que debería primar la salvaguarda de los derechos calificados como fundamentales, a través del juego del orden público internacional (como así lo considera parte de la doctrina). Contrariamente a esta posición, entendemos que, dado que los derechos a la igualdad y dignidad de la mujer ya se han visto afectados por la celebración misma del matrimonio polígamico, lo que debe hacer el Estado español es analizar los efectos que este puede producir dentro de sus fronteras, tratando de no perjudicar todavía más a las mujeres afectadas (y, en su caso, a los descendientes de estas). Este razonamiento nos llevaría a excluir de reconocimiento todos aquellos efectos que supongan, *de facto*, una validación del matrimonio polígamico (por ejemplo, la inscripción de este en el Registro Civil) que, sin duda, atenta contra el orden público internacional español (dentro del que se encuentra la concepción monogámica del matrimonio).

Sin embargo, hay otros efectos que, además de no suponer una validación del matrimonio polígamico, no pueden negarse sin agravar aún más la lesión de los derechos de las personas a las que se trata de proteger. Es decir, ¿cómo se puede defender que, para proteger el derecho a la igualdad y la dignidad de la mujer, derechos que ya han sido violados, se le van a negar otros derechos adicionales como, por ejemplo, el derecho a la protección social? Teniendo en cuenta, además, las implicaciones de esta situación en el ámbito de los derechos de los menores, siendo su interés superior de “consideración primordial” en el ámbito europeo.

La tesis contraria a esta posición se fundamenta en que un hecho nulo no puede generar efectos, pero lo cierto es que nuestro ordenamiento jurídico lo permite en determinados casos (véase el supuesto de matrimonios putativos del art. 79 CC), existiendo precedentes judiciales a favor de esta postura (véase la STC núm. 199/2004, de 15 de noviembre y la sentencia Muñoz Díaz del TEDH). De igual modo, el propio Estado español, como sujeto de Derecho Internacional privado, ha reconocido ciertos efectos a estos matrimonios en el Convenio hispano-marroquí (tal y como han hecho otros Estados miembros de la UE).

En definitiva, únicamente aplicando la cláusula de orden público internacional en sentido estricto se podría defender el no reconocimiento de efectos de ninguna clase al matrimonio polígamico en España. Sin embargo, no puede obviarse la debida proporcionalidad a la hora de ponderar los intereses en juego. Como ya se ha señalado, el principio de igualdad y la dignidad de la mujer se han visto afectados en el momento mismo de la celebración del matrimonio polígamico, sin que el ordenamiento español pueda hacer nada para remediarlo. Siguiendo esta posición estricta, solo se estaría agravando aún más la lesión de la parte más débil del matrimonio polígamico (las esposas), produciendo un resultado injusto, en una situación en la que el orden

público internacional español no está siendo gravemente afectado. En cambio, aceptando que el daño principal ya se ha consumado en el extranjero y ponderando los intereses en juego, por aplicación de los principios tendentes a garantizar la protección social, especialmente de la familia y de los hijos (principios reconocidos constitucionalmente y también internacionalmente en textos tan emblemáticos como la DUDH, PIDCP y CDFUE), debería aplicarse la excepción de orden público atenuado, con el objetivo último de conseguir un resultado más justo y razonable.

En consonancia con lo anterior, parece razonable aceptar la producción de ciertos efectos en España del matrimonio poligámico celebrado en el extranjero, específicamente, en materia de pensión de viudedad. Esta postura se ve reforzada a la luz de la última sentencia del Tribunal Supremo en esta materia, en la que se ha reconocido el derecho a la pensión de viudedad, a partes iguales, de todas las esposas coetáneas de un súbdito marroquí. La principal duda que surge tras este pronunciamiento es si (como dijo la STSJ de Cataluña, de 25 de abril de 2016) únicamente de existir convenio internacional pueden otorgarse efectos al matrimonio poligámico respecto de la pensión de viudedad; o si, por el contrario, ese reconocimiento de efectos puede extenderse (al modo francés, solo si el matrimonio fue legal en el país de origen) a otros casos. Desde luego, la interpretación extensiva que realiza el Alto Tribunal en esta sentencia dictada en unificación de doctrina (que reconoce el derecho aun tratándose de clases pasivas, excluidas del ámbito de aplicación del Convenio hispano-marroquí) por estar en juego el principio de igualdad, podría ser un indicio a favor de la segunda opción (en la línea de la posición mayoritaria de la doctrina judicial).

Por todo cuanto antecede, no podemos más que manifestar nuestra conformidad con la tesis mayoritaria actual, relativa a la aplicación del orden público atenuado, pues, tal y como ha señalado la doctrina, de este modo se garantizaría la seguridad jurídica internacional y la protección de las esposas y sus descendientes (principios que no pueden desconocerse a la hora de interpretar y aplicar las normas), todo ello sin vulnerar el orden público internacional español, dado que no supondría un daño a la estructura básica ni cohesión de la sociedad española, y tampoco un perjuicio económico para las arcas públicas (en el caso de optar por la distribución de una única pensión entre las distintas esposas). A mayor abundamiento, esta es la opción elegida por el Estado español en la única norma internacional adoptada en este sentido.

Igualmente, compartimos la posición mayoritaria que aboga por el reparto de la pensión a partes iguales entre las diferentes esposas, por ser todas ellas “cónyuges legítimas” de conformidad con su ley nacional, sin que resulte razonable modificar el modo de reparto en función de si existe convenio aplicable (que opte expresamente por este modo) o no, por el principio de igualdad ante la ley. En este caso, la única diferencia entre ambos supuestos sería la fundamentación jurídica para alcanzar tal conclusión. Así, mientras que, en los casos de existencia de convenio, la solución vendría dada por esta norma expresamente; en caso de inexistencia de norma internacional aplicable, debería acudir a un razonamiento jurídico más elaborado y basado en interpretaciones de diversos preceptos (entre ellos, el principio de igualdad y los principios rectores de la política social y económica), con un amplio margen de discrecionalidad de los operadores jurídicos.

Con esta interpretación atenuada de la cláusula de orden público no se estaría incentivando o promoviendo la poligamia, al no reconocer los principales efectos de la misma (efectos “nucleares”), dejando claro el rechazo del ordenamiento español a esta institución, pero sin que este rechazo suponga un perjuicio desproporcionado para la parte más débil de esta situación que se trata de proteger, como son las esposas coetáneas y su descendencia.





# CAPÍTULO XXI. LA CONVIVENCIA DE PRESTACIONES PÚBLICAS EN EL ESCENARIO SOCIAL DE LA UNIDAD FAMILIAR

FERNANDO MORENO DE VEGA Y LOMO

*Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de Salamanca*

## I. INTRODUCCIÓN

Innumerables resultan, a estas alturas, los planteamientos legislativos sobre reforma de la protección social frente a la contingencia de, bajo según qué parámetros, tener hijos a cargo. Complementariamente, ríos de tinta ha hecho correr la doctrina especializada en un continuo al tiempo que desesperado intento de institucionalizar una coherencia racional dentro del heterogéneo planteamiento que inspira este entramado tuitivo. Sin embargo y al final del camino, no acertamos a ver sino más de lo mismo: dudas en la causa, régimen jurídico enrevesado y eficacia limitada.

Ante la realidad social que evidencia este escenario, la presente aportación trata de materializar una nueva vuelta de tuerca si bien desde una perspectiva alternativa aunque no necesariamente desconocida para el intérprete. En efecto, el planteamiento responde no tanto a la acometida por introducir nuevos elementos en el juego, sino practicar al tiempo que reorientar los ya convergentes, más concretamente el beneficio que al significado de la causa puede conferir el régimen de compatibilidad entre prestaciones en el sistema de protección social.

En el marco de esta proposición, el trabajo parte de un planteamiento inicial sobre la importancia de la realidad familiar y su visión más jurídica como objeto de tutela en el espectro de la Seguridad Social (apartado II), que habrá de operar como antesala para un análisis pormenorizado sobre el entramado normativo que actualmente ofrece la asignación económica familiar de la lingüísticamente extinta tutela por causa de hijo a cargo, y ello tomando en consideración su potencial solapamiento con prestaciones de distinta naturaleza en la figura del sujeto beneficiario (apartado III). Seguidamente, idéntica motivación de tratamiento pero cuando tales medidas externas convergen en la posición de quien haya de erigirse como el sujeto causante (apartado IV) para, en último término, estudiar las opciones de compatibilidad entre medidas de idéntico cuerpo, léase la causa familiar (apartado V). El abordaje por la previsión de unas conclusiones pretendidamente productivas, representará el epílogo del ensayo (apartado VI).

## II. LA IDENTIDAD FAMILIAR COMO CAUSA PARA LA TUTELA

El legislador constituyente de 1978 es meridianamente claro en su construcción objetiva sobre principios rectores de la política social y económica al promover el encabezamiento del capítulo III, título I, de la norma fundamental a través de un postulado transversal en la realidad social desde hace décadas:

*Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia<sup>1</sup>.*

Dicho esto y como paso necesariamente previo a la oportuna presentación y, en la medida de las posibilidades, la correcta y completa asimilación del laberíntico régimen de opciones de

---

<sup>1</sup> Artículo 39.1 CE.

compatibilidad entre prestaciones en favor de la institución familiar, conviene partir, a modo de cimienta, de dos grandes cuestionamientos en la materia: en primer lugar, ¿qué hay que entender por familia? En segundo término, ¿qué es un principio rector?

## 1. CONCEPTO Y ELEMENTOS DE FAMILIA

Ante la ausencia de un concepto técnico en la propia Constitución, es necesario acudir a una semántica más elemental que, a tales efectos, viene informada tanto por la propia Filología como, y de manera ciertamente más acotada a los efectos de nuestra propuesta, por la versión jurídica que informa el Derecho Común.

En aquello que concierne al primer frente científico y partiendo a tales efectos del significado implementado por la Real Academia Española de la Lengua, la familia es

*El grupo de personas emparentadas entre sí que viven juntas.*

Coetáneamente y en cuanto a la expresión de corte jurídico que vendría amparada por el Derecho Civil aunque extramuros de aquello que ha de entenderse como un concepto técnico, la familia es

*El conjunto de personas físicas unidas por un vínculo legal de afectividad o parental.*

En fin, nos hallamos ante dos presentaciones que coinciden en hasta tres presupuestos: ideal de colectividad, protagonismo de la persona física y nexo de unión entre sus integrantes. En el otro platillo de la balanza, tan solo difieren en uno: la no exigencia legal de convivencia bajo el mismo techo.

## 2. LA POLÍTICA (SOCIAL) DE PROTECCIÓN (SOCIAL) DE LA FAMILIA

Por lo que hace referencia al ideal del principio rector, todo jurista es plenamente consciente de hallarse ante una de las prerrogativas más importantes en el estudio de la Teoría General del Derecho, de ahí la notoriedad de su puesta a colación en orden a fijar el objetivo temático y exegetico que planteo. El núcleo de mi reflexión no descansa tanto en ese ideal más propio del Derecho Público Constitucional y a cuyo tenor se eleva a estos principios rectores a la misma altura que los derechos fundamentales o los derechos de los ciudadanos gracias a la ausencia de eficacia meramente programática en el capítulo III CE, la interpretación se centra de manera más decidida en el Derecho Social, en el plano más finalista de la causa que da pie a un motivo de tutela.

Dogmáticamente hablando, la realidad social que nos informa, guste o deje de gustar, viene marcada por las varias y variadas situaciones de necesidad que invaden al ser humano. De entre las mismas y acaso como principal factor diferencial, aquel que las divide entre las que evidencian un carácter individual y aquellas otras que se asientan sobre un tenor colectivo. Finalmente y situando el centro de atención en éstas últimas, su significado no enarbola tanto una expresión de pluralidad sino más bien un reflejo cualitativo que viene asentado sobre la imposibilidad de autosatisfacción del interés personal que se ha podido ver afectado y, por consecuencia, la necesidad de una ayuda por parte de un tercero proclive a la obtención del mencionado fin. Ello representa, *in fine*, la esencia del Derecho.

Desde un punto de vista pragmático, esto es, trasladando esta plantilla de postulados al sentir de la institución sobre la que versa nuestra acometida, hay que advertir que el legislador constituyente está enmarcando a la familia como una manifestación sociológica en la que sus integrantes pueden verse afectados por contingencias, acaso y con carácter prioritario de especie económica aunque no preceptivamente en exclusiva, que alimentan su raíz en valores como la convivencia y, especialmente en las últimas décadas, la atención a situaciones de dependencia. Claro, así las cosas, la familia es, sin ambages, un bien jurídicamente protegido. El siguiente paso, obviamente, es que ese tercero que ha de intermediar por la cobertura, el Estado, de un paso adelante en tal objetivo y proceda a la conformación del mecano, un proceso que arranca mediante

el reconocimiento, en primer término, como derecho social, y que se consolida con la ulterior llamada a los poderes públicos para que actúen a través del legislador ordinario en pro de una política protectora de la institución, de orden social además de económica y finalmente jurídica, vertientes todas ellas que en mayor o menor medida se van a ver reflejadas en el singular entramado que dispensa el Derecho de Seguridad Social.

### 3. LA FAMILIA Y LA SEGURIDAD SOCIAL

Tanto desde un punto de vista sociológico como estrictamente jurídico, la familia materializa *in fine* una institución de extraordinaria importancia que, en consecuencia y como acaba de ser avanzado, no puede permanecer en el anonimato en aquello que concierne a la protección social a dispensar por el Derecho de la Seguridad Social, un entramado jurídico en el que las así denominadas *prestaciones familiares* representan su máxima expresión, las cuales, no obstante y de manera ciertamente paradójica, han ido mutando su denominación formal en el transcurso de prácticamente medio siglo, aunque nunca se sabe si también con un trasfondo causal. La secuencia de acontecimientos es la siguiente:

- A través del Real Decreto 2065/1974 por el que se aprueba el *Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social*, sus artículos 167 y siguientes prevén la *protección a la familia*.
- Por efecto de la Ley 26/1990 de *Prestaciones no contributivas*, específicamente mediante su artículo 5, se altera la presentación formal en favor de *prestaciones familiares por hijo a cargo*.
- Finalmente, la Ley 52/2003 de *disposiciones específicas en materia de Seguridad Social*, a través de su artículo 19.3, plantea la convergencia, nuevamente, al criterio acaso formalmente más corto pero en sentido finalista más amplio de las *prestaciones familiares*.

Sea como fuere, lo más importante es coincidir en la presencia, bajo una u otra forma de denominación formal, de este tipo de causa a tutelar por el sistema de Seguridad Social, una representación legislativa que, todo sea dicho, desde la reforma de 2003 pierde peso en el nivel contributivo, estructuralmente hablando, para ganarlo en el asistencial, siendo así que se erige en el núcleo temático y normativo de acción protectora que ofrece mayor notoriedad en el nivel no contributivo. Este hecho, ciertamente vino a contravenir en su día el *informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo*<sup>2</sup> y en el que se subraya la conveniencia de seguir reforzando el principio contributivo como elemento básico para la preservación del equilibrio financiero del sistema, sin embargo, no es menos veraz que el núcleo familiar ha venido gozando, desde siempre, de un papel estelar en el engranaje de garantía frente a las situaciones de necesidad que derivan, prioritariamente, de la ejecución de un trabajo asalariado, y digo bien, preferentemente que no en exclusiva de la actividad por cuenta ajena, porque la eficaz articulación del Estado de Bienestar requiere también de un cúmulo de prestaciones que basen su operativa no tanto en una previa cotización sino más bien en una situación de necesidad indisolublemente aparejada a la insuficiencia de recursos económicos<sup>3</sup>.

Así las cosas, arribamos a la propuesta central: en lo que hace referencia a la tutela vía protección social, y más concretamente desde el sistema de Seguridad Social, de la unidad familiar y en el nivel no contributivo, ¿cómo juega a día de hoy su eficacia en términos de compatibilidad o incompatibilidad entre prestaciones?

<sup>2</sup> Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones del Ministerio de Trabajo e Inmigración, Colección Seguridad Social, 2011, n°35, página 86.

<sup>3</sup> MORENO DE VEGA Y LOMO, F.: “El nuevo régimen jurídico de las prestaciones familiares en el Régimen General de la Seguridad Social”, *Tribuna Social*, 2006, n°191, página 37.

### III. LA OPCIÓN DE COMPATIBILIDAD CON PRESTACIONES DE DIFERENTE NATURALEZA RESPECTO A LA POSICIÓN DE SUJETO BENEFICIARIO

La propuesta objeto de debate, se orienta en favor de la acometida por hallar una respuesta al interrogante en torno a si quien pretenda aspirar a la titularidad y consiguiente disfrute de una asignación económica familiar en forma de prestación no contributiva, puede hacerlo aun cuando acredite el ser ya beneficiario de otra/s prestaciones de protección social. Se trataría de analizar, así las cosas, aquello que personalmente conceptúo como la dimensión externa al beneficiario.

El ordenamiento jurídico español, no establece un régimen claro y cerrado sobre opciones de compatibilidad entre sus manifestaciones prestacionales de corte tuitivo sino, en todo caso, aquello que la doctrina especializada ha coincidido en denominar un entramado de microsistemas por rama<sup>4</sup>, entiéndase una yuxtaposición de medidas singulares, diversificadas, que atienden a problemas y exigencias específicas de cada sector de protección. Partiendo de esta realidad, la primera piedra del edificio viene asentada por el artículo 163.1 TRLGSS, a cuyo tenor

*Las pensiones de este Régimen General serán incompatibles entre sí cuando coincidan en un mismo beneficiario, a no ser que expresamente se disponga lo contrario, legal o reglamentariamente. En caso de incompatibilidad, quien pudiera tener derecho a dos o más pensiones optará por una de ellas.*

Como primera consideración, la letra de la ley nos obliga a partir, en un claro intento de estrechar el cerco, de la tipología de instrumentos de tutela. En efecto, el término *pensiones* conduce a una segmentación en el ámbito de prestaciones de acción protectora entre las susodichas expresiones de tenor vitalicio y las materializaciones de pago único así como aquellas otras de liquidación periódica y carácter temporal, es decir, los subsidios.

Una segunda reflexión en relación a este apartado legislativo tiene que ver con una temática que, aunque no viene expresamente mencionada, ostenta una extraordinaria importancia: los niveles de la cobertura. Efectivamente, dentro de esa imaginaria superficie que enmarca el círculo de la pensión, la norma legal no distingue por niveles y, por tanto, tampoco nosotros debiéramos parcelar. Siendo así las cosas, la potencial incompatibilidad abre su espectro al elenco de pensiones contributivas entre sí, al correspondiente a las de nivel asistencial igualmente entre ellas mismas y, por supuesto, a las relaciones cruzadas entre sendos bloques del Régimen General de Seguridad Social.

Finalmente y como tercer aporte, la posibilidad, igualmente bajo mención literal de la letra de la ley, de que emerja una disposición de apoyatura legal o reglamentaria que, expresamente, prevea lo contrario, léase la compatibilidad.

Llegados a este punto, la interpretación sistemática de todos estos ingredientes evidencia que, a nivel prestacional, las únicas opciones para un potencial beneficiario de asignación económica familiar vitalicia y no contributiva en orden a compatibilizar la misma con otras medidas prestacionales de significación ajena a la histórica pero nunca olvidada causa del hijo a cargo, queda restringida, en lo que concierne a estas últimas, a los subsidios así como a las prestaciones de pago único salvo, excepción hecha, cabe reiterar, que recaiga una posible habilitación a según qué pensiones mediante disposición legal o reglamentaria expresa, o incluso que acaso una interpretación extensiva del término legal *pensiones*, en el sentido de entender que el mismo ofrece albergó a cualquier manifestación de orden prestacional con independencia de la modalidad de pago o el factor tiempo, pudiera dar al traste con las opciones de coordinación que párrafos atrás se planteaban. Desde luego no sería la primera vez que una lectura comprensiva en términos extensivos, a mayores, del Tribunal Supremo, desencadena una teoría de similares magnitudes. Por ello y al objeto de evitar la consecuencia que supondría el cierre del círculo sobre la regla principal de incompatibilidad, parece oportuno reforzar un doble ideal:

<sup>4</sup> MONEREO PÉREZ, J.L. (y otros): *Manual de Seguridad Social*, Editorial Tecnos, 2017, página 271.

1º. No ceder en la exégesis sobre la clasificación de medidas de cobertura. Al fin y al cabo, si el legislador hubiese querido utilizar otros instrumentos lo hubiese hecho. Se defiende, por tanto, una interpretación literal de la letra de la ley, so pena de incurrir en un error por exceso.

2º. No tanto pensando en romper la regla sino simplemente en mitigar sus efectos, condicionar el que tales prestaciones potencialmente compatibles hayan resultado previamente implementadas por causas exógenas a la propia voluntad del potencial beneficiario o, dicho con otras palabras, que no resulten oficializadas por un derecho propio sino más bien derivado, como ocurre, a modo única y exclusivamente de exponente comparativo, con la convivencia entre una pensión de viudedad y una prestación contributiva por desempleo, siendo la primera compatible con la actividad por cuenta ajena cuya ulterior extinción ha terminado derivando en la cobertura por causa de cese laboral. Esta circunstancia no tiene por qué estar reñida con un talante endógeno, sin embargo, a la causa que enarbola la unidad familiar y es que deviene preceptivo el recordar que una cosa es que la protección por hijo a cargo forme parte de la misma y otra que agote por completo ésta, cosa que no ocurre.

Como colofón, por otra parte ya deslizado en el primer inciso de esta misma conclusión, el caso es que, por efecto de este planteamiento, se deja al subsidio en favor de familiares, bajo causa de muerte y supervivencia<sup>5</sup>, o a la prestación por cuidado de hijo con enfermedad grave<sup>6</sup>, como las únicas opciones de solapamiento, quedando descartadas incapacidad temporal, maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural o incapacidad permanente en grado de parcial.

Por su parte, en lo que concierne al nivel estructural y dado el cierre de las puertas en el plano de los niveles de cobertura, hay que ir pensando en traspasar las lindes que formatean el Régimen General de Seguridad Social y de este modo plantear las potenciales opciones para un beneficio combinado no sólo en el marco más amplio del sistema institucional de Seguridad Social sino también en aquel escenario que materializa la acción protectora de esos otros regímenes coloquialmente conocidos como *especialísimos*, absolutamente externos y de vida paralela en cuanto a la protección social de ciertos profesionales, como son los entramados de tutela en favor de los funcionarios públicos. Presentémoslo de manera separada.

En cuanto al posible contacto entre regímenes si bien dentro del marco institucional y clásico de la Seguridad Social, no tendría por qué haber inconveniente en compaginar la asignación familiar del Régimen General con los anteriormente mencionados subsidios y prestaciones de pago único adscritos a regímenes especiales o sistemas homónimos siempre que obedezcan a distinta causa de aquella que representa la constitucional protección social en la unidad familiar por mor de hijo a cargo<sup>7</sup> y vengán sustentadas en un régimen de pluriactividad ya que, de ser pluriempleo, no nos permitiría salir del mismo régimen estructural<sup>8</sup>.

En lo que respecta, por su parte, a los regímenes *especialísimos*, parece que las dudas pudieran quedar aclaradas respecto a tiempos pretéritos gracias al añadido introducido por la disposición final primera de la Ley 36/2014 de *Presupuestos Generales del Estado* para 2015 en el Texto Refundido de la Ley 670/1987 de *Clases Pasivas del Estado* (artículo 9), y a cuyo tenor

*En los casos en que asista a una persona derecho al cobro de más de una prestación de Clases Pasivas o de éstas con otra prestación del sistema público de protección social que (...) sean incompatibles en su percibo*

<sup>5</sup> Artículo 226 TRLGSS.

<sup>6</sup> Artículos 190 y siguientes TRLGSS.

<sup>7</sup> En relación al amplio tratamiento tuitivo que el ordenamiento dispensa a la causa familiar y, de manera más específica, en el sector de la Seguridad Social ya que cabe diferenciar entre la abordada protección por hijo a cargo de aquella otra donde el menor no opera tanto como causante sino más bien como beneficiario (maternidad, paternidad, orfandad, etc.), *vid.*, MONEREO PÉREZ, J.L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G.: "Las prestaciones familiares, ese pariente pobre de la Seguridad Social", *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, 2016, n.º6, páginas 14 y siguientes.

<sup>8</sup> *Id.*, artículo 7.4 del Real Decreto 84/1996 por el que se aprueba el *Reglamento General sobre inscripción de empresas y afiliación, altas, bajas y variaciones de datos de trabajadores en la Seguridad Social*.

*simultáneo o en el de que, estando en el disfrute de una prestación, adquiriese derecho a otra u otras incompatibles con ella, el interesado podrá ejercer el derecho de opción por el cobro de la prestación que estime más conveniente.*

Acaso esta circunstancia pueda representar un empeoramiento de la acción protectora por cuanto no posibilita el reconocimiento de dos prestaciones por la misma causa aun cuando tienen su génesis en sistemas de protección social radicalmente diferenciados desde la perspectiva de la constitución y ulterior formalización de la propia relación protectora, no obstante ello queda parcialmente compensado con la opción recogida en el Real Decreto 691/1991 sobre *cómputo recíproco de cuotas entre regímenes de Seguridad Social*, léase mediante la integración de sendas cotizaciones en la operativa de cálculo de la base reguladora que, *in fine*, posibilitará un sustancial incremento de la cuantía a percibir en el marco de la prestación que a la postre sea reconocida.

#### **IV. LA OPCIÓN DE COMPATIBILIDAD CON PRESTACIONES DE DISTINTA NATURALEZA RESPECTO A LA POSICIÓN DE SUJETO CAUSANTE**

Si en el apartado precedente se ha venido analizando en qué medida puede representar un obstáculo para el disfrute de una asignación económica familiar el hecho de que el potencial beneficiario fuera ya titular de otras prestaciones, en el presente se aborda idéntica prerrogativa pero esta vez referida a la contraparte en esta singular relación jurídica de protección, esto es, se contextualiza la dimensión externa del sujeto causante.

De entrada, el análisis de la propuesta presenta un mayor grado de complejidad que la del apartado anterior y es que, por causa exclusivamente legislativa y como más adelante se tendrá la oportunidad de contrastar, la visión se bifurca entre las alternativas de disfrute para quien potencialmente opte a la condición de sujeto beneficiario y las que pudieren corresponderle al propio elemento subjetivo causante. Quede claro, pues, y desde un primer momento que el hecho de que la regla general haya de consistir en que no coincidan en un mismo sujeto sendos condicionantes de beneficio y causa habilitante, ello no obsta a que puedan tomar partido ciertas excepciones, razón por la cual queda acreditado un tratamiento diversificado.

##### **1. OPCIONES EN FAVOR DEL BENEFICIARIO**

El planteamiento que ahora se inicia, tiene como cometido el hallar una respuesta al siguiente interrogante: ¿podría un progenitor/a obtener el reconocimiento de una asignación familiar no contributiva de pago periódico en el supuesto de que el hijo que ha de actuar como causante de la mencionada acción protectora ya ostente la titularidad de otra prestación extramuros del círculo de la propia unidad familiar? Valoremos las diferentes opciones que el ordenamiento deja entrever.

La propuesta prioritaria, parte de tomar en consideración la regla principal estipulada en el artículo 352.1 TRLGSS, a cuyo tenor

*Tendrán derecho a la asignación económica por hijo o menor a cargo quienes:*

*b) Tengan a su cargo hijos o menores (...).*

El caso es que, de esta manera intencionadamente presentada la composición jurídica del precepto, parezca que nos hallemos simple y llanamente ante una redundancia. Sin embargo, ello no ha de considerarse sino una pura formalidad por cuanto la interpretación del contenido así como de aquello que en esencia está detrás de la misma, ofrece mucho más calado de lo que *a priori* pudiera aparentar.

La temática sitúa sin ambages su epicentro en aquello que haya de entenderse por *hijo a cargo*. A tal efecto, más concretamente en lo que concierne a su necesaria dependencia respecto a la figura del sujeto beneficiario, convergen dos reglas:

1ª. No ostentarán tal condición aquellos que desarrollen una actividad productiva por la que obtienen un reporte en términos de beneficio económico superior al 100 por cien del SMI<sup>9</sup>.

2ª. Tampoco aquellos sobre quienes haya recaído la condición de pensionista del nivel contributivo<sup>10</sup>.

Pues bien, en relación directa a esta segunda pauta y en interés de nuestro estudio, la excepción a esa no condición de pensionista viene implementada mediante una interpretación sistemática con la regla del artículo 361.3 TRLGSS y en cuya virtud

*La percepción de las asignaciones económicas por hijo con discapacidad a cargo (...) será incompatible con la condición, por parte del hijo, de pensionista de invalidez o jubilación en la modalidad no contributiva.*

De entrada, sí, es cierto que mientras el Real Decreto 1335/2005 hace referencia a medidas del nivel contributivo, el TRLGSS se pronuncia sobre las de nivel asistencial, sin embargo, que no nos confundan los términos, es decir, no nos dejemos embaucar por los más evidentes dictados legales ya que, al final del camino, habremos de ser capaces de hablar de un puente, de un nexo para la causa de la compatibilidad.

La composición jurídica recién transcrita responde, como se recordará, a la reforma introducida por la Ley 8/2005 para *compatibilizar las pensiones de invalidez en su modalidad no contributiva con el trabajo remunerado*, la cual es una reacción a la Ley 52/2003 de *disposiciones específicas en materia de Seguridad Social*, que preveía, además, la incompatibilidad entre la asignación familiar y la pensión de orfandad, premisa que ahora queda exceptuada, ofreciéndose de este modo contenido a la reacción que acaba de ser mencionada. El objetivo, parece devenir inspirado en el hecho de materializar una consecuencia en el proceso de mejora de las pensiones de orfandad para los discapacitados que ya hubo sido activado por el Real Decreto 364/2004 en relación a la *mejora de pensiones de orfandad en favor de minusválidos*<sup>11</sup>. *In fine*, la consecuencia jurídica es la verosimilitud legal de concurrencia en una unidad familiar de una pensión familiar asistencial del progenitor y una pensión de orfandad del hijo causante siempre que, eso sí y además, éste pueda acreditar dos condicionantes, cuales son la mayoría de edad civil y la incapacidad para todo trabajo<sup>12</sup>. Además, en este punto es cuando, sin duda, adquiere pleno sentido lo advertido en el párrafo inmediatamente precedente, es decir, el subrayar que, aunque otra citada junto a dos exponentes de tutela no contributiva, la orfandad es siempre contributiva desde el punto de vista de la interpretación del sujeto causante.

Una última y potencial opción, sin duda más discutible pero al menos digna de ser planteada, se basa en la siguiente premisa: conforme al artículo 225.2 TRLGSS, cuando un beneficiario de orfandad sea declarado incapacitado para el trabajo antes de cumplir los 18 años de edad, acontece que dicha prestación será compatible con una posible incapacidad permanente, incluso con una jubilación, que le pueda ser reconocida con posterioridad a la mayoría de edad civil siempre que venga auspiciada en patologías distintas a las que originaron la orfandad. Así las cosas y dada la potencial complementariedad entre la asignación familiar no contributiva y la orfandad, ¿no sería extensible a la primera el régimen de complementariedad que es predicable de la segunda? La opción para el debate es doble, no obstante es evidente que lo más importante no ha de ser el o los, en su caso, supuestos de hecho sino la consecuencia jurídica.

El presupuesto clave que juega en favor de la exégesis para esta particular hipótesis, es el de la mayoría de edad. En este orden de cosas, lo cierto es que, inicialmente, las piezas casan por cuanto hemos visto en el supuesto previamente analizado que la orfandad había de corresponder a un mayor de edad y, ahora, vemos que esa potencial incapacidad permanente ha de ser otorgada también tras dicha prerrogativa civil. Sin embargo, la gran diferencia que, además, deviene

<sup>9</sup> Artículo 352.1.b), primer párrafo, en interpretación sistemática con el artículo 351.a), segundo párrafo, sendos del TRLGSS.

<sup>10</sup> Artículo 9.4 Real Decreto 1335/2005, *por el que se regulan las prestaciones familiares de la Seguridad Social*.

<sup>11</sup> Para un seguimiento del discurrir de esta revolución normativa así como una interpretación de sus contenidos, vid. STSJ de Andalucía de 12 de julio de 2017 (AS/2017/2112).

<sup>12</sup> *Vid.*, cuarto párrafo de la exposición de motivos de la Ley 8/2005.

definitiva en términos resultadistas, es que para el entramado que ahora se sugiere la orfandad ha de ser oficializada en régimen de minoría de edad civil, lo cual, sencillamente, cierra las puertas al fin de una pretendida compaginación o, en otras palabras, ante una nueva manifestación de estrechamiento en el círculo de las opciones de convivencia.

Aclarada esta cuestión sobre la pensión de orfandad al menos hasta un punto razonable, a mayores de la misma podríamos también plantear el debate sobre la conveniencia de seguir manteniendo la incompatibilidad entre la asignación familiar que encabeza la causa del presente ensayo y las modalidades asistenciales de incapacidad permanente y de jubilación. En otras palabras, culminar el ataque a la restrictiva regla del actual artículo 361.3 TRLGSS activada por la Ley 8/2005 en contra de la Ley 56/2003. Pues bien y en aras de una interpretación más exhaustiva, deviene preceptivo analizar tanto el sustantivo como el calificativo, esto es, tanto el nombre como el apellido de las propias prestaciones afectadas.

En lo que hace referencia al sustantivo, acontece que las medidas asistenciales por causa de incapacidad y vejez se identifican expresamente como *pensión*<sup>13</sup> en tanto manifestación económica de pago periódico y carácter vitalicio, sin embargo la tutela familiar se identifica *prestación familiar en su modalidad no contributiva*<sup>14</sup> y, a mayor abundamiento, cuando se inicia el régimen jurídico de la modalidad, se identifica la sección 1ª del capítulo I como *prestaciones*, y más específicamente la sección 2ª como *Asignación económica por hijo o menor a cargo*. A mayor abundamiento sobre este rompecabezas de orden conceptual y semántico, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid de 23 de marzo de 2009 (JUR/2010/270080), si bien casada y anulada por STS de 15 de junio de 2010 (RJ/2010/6285) echaba más leña al fuego mediante el siguiente cosido de argumentaciones:

*(...) la asignación económica por hijo a cargo no es una prestación (o pensión); (...) la distinta naturaleza de la asignación económica por hijo a cargo, viene fundamentada y explicada en su propia razón de ser que no es otra que las mayores obligaciones, morales y legales, que tienen los padres o tutores como consecuencia de tener hijos a su cargo; (...) estamos ante una obligación que no proviene ni tiene su causa en ninguna relación laboral, sino ante una obligación natural que se deriva de las relaciones paterno-filiales: (...) de ahí su distinta naturaleza en cuanto tienen distintos orígenes y atienden a distintas causas y motivos y, consiguientemente no pueden ser incompatibles porque la incompatibilidad sólo se da entre prestaciones o pensiones, condición legal que no tiene la asignación económica por hijo a cargo (...).*

En resumen e *in fine*, respecto de esta modalidad de cobertura económica en el seno de la unidad familiar y si tomamos en cuenta la regla general en cuanto al sujeto causante, esto es, un menor de edad al amparo del derecho común, acontece en idénticos términos, o muy similares, que con la orfandad o el desempleo contributivo y en los que, a pesar de conocerse un término final desde el comienzo, el legislador no se atreve a denominarlos subsidio. Por algo será, pero no nos interesa ahora este debate sino, única y exclusivamente, el resultado.

Ahora bien, en esta específica modalidad de tutela hay una segunda regla respecto al causante y que se refiere a todo aquel que, aun siendo mayor de edad, acredite una discapacidad en grado mínimo del 65 por cien. En este particular supuesto, es evidente que no concurre un término final en origen y como expresión del factor tiempo que institucionaliza el cumplimiento de una determinada edad, de tal manera que una potencial extinción se hará depender del incumplimiento de cualquiera de los requisitos que, en su momento, articularon el derecho a la misma.

En resumen y como reflexión si quiera sea en términos parciales, aun cuando sabemos que el legislador ordinario no es particularmente ducho en el empleo de los conceptos, esta modalidad de tutela ha de ser considerada una pensión y, en consecuencia, objeto de la regla general de incompatibilidad entre tales instrumentos de cobertura, al fin y al cabo las tres que ahora interesan son prestaciones vitalicias que tuvieron idéntico origen en la Ley de Pensiones no Contributivas.

<sup>13</sup> Capítulo II, título VI, TRLGSS.

<sup>14</sup> Capítulo I, título VI, TRLGSS.



En lo que concierne al calificativo, al apellido, mientras en el título VI (*prestaciones no contributivas*), capítulo II (*pensiones no contributivas*), la sesión 1ª se refiere a *invalidéz no contributiva* y la sección 2ª a *jubilación no contributiva*, acontece que, en el previo capítulo I (*prestaciones familiares no contributivas*), la sección 1ª sólo cita *prestaciones* y la sección 2ª sólo menciona *asignación económica por hijo o menor a cargo*, esto es, que en dichas secciones se omite el apellido *no contributiva*, aspecto que plantea si nos hallamos ante una pura formalidad de orden lingüístico o de si hay un trasfondo mayor, de hecho hay pronunciamientos del orden social que alimentan lo que sin duda parece una duda razonable y entre los que cabe destacar la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Cantabria de 14 de julio de 2000 (JUR/2000/291560), a cuyo tenor:

*(...) si la prestación por hijo a cargo deviene impedida cuando ese hijo es pensionista de invalidéz o jubilación no contributiva (...), con mayor razón lo será si lo es por idénticas contingencias de carácter contributivo (...).*

A modo de culmen sobre esta eventualidad de un hermanamiento entre las modalidades no contributivas de incapacidad permanente, jubilación y cobertura familiar por causa de hijo a cargo, una exégesis de conjunto parece querer evidenciar que debe existir una incompatibilidad entre estas propuestas por el hecho, en primer lugar, de ser pensiones y, en segundo término, ostentar un tenor asistencial. Sin embargo y en opinión propia, no creo que el verdadero epicentro de la discusión se sitúe en la clasificación de instrumentos técnicos para la cobertura ni tampoco en la separación de niveles a nivel estructural dentro del sistema institucional, sino más bien aquello que haya de entenderse por prestaciones de *idéntica naturaleza*. Efectivamente, con independencia, siempre hasta un cierto punto, del cómo se identifique formalmente a una prestación según su dinámica de abono o duración, y al margen, igualmente, de si nos hallamos ante una simple compensación de salarios dejados de percibir o ante una más gravosa cobertura del umbral de pobreza, sí, es cierto que, desde la perspectiva formal, las mencionadas secciones se integran en apartados estructuralmente superiores donde sí consta tal referencia y, acaso por interpretación extensiva, les deba ser aplicable el nivel asistencial al postular idéntica causa de cobertura frente a la insuficiencia de recursos económicos que linda con la Asistencia Social, pero, además, y con mayor notoriedad desde el punto de vista del fondo de la cuestión, lo más importante es que incapacidad y jubilación tratan de ofrecer cobertura ante una contingencia originada en causa propia y de manera individual mientras que la asignación familiar distingue entre causante y beneficiario al tiempo que ampara un interés colectivo: el familiar, precisamente. Si ello es así, ¿por qué habría de mantenerse la incompatibilidad?

En fin, no entro en la discusión sobre la conveniencia de volver a conjugar la regla sobre necesidad o mera oportunidad de incompatibilidad de pensiones en la persona de un mismo beneficiario, sin embargo, sí hago una llamada en favor de repensar y promocionar un potencial entramado de concurrencia de varias prestaciones en el seno, más amplio y no solo desde la perspectiva cuantitativa, de la unidad familiar. Creo, de manera consecuente, que el actual artículo 361.3 TRLGSS puede ser talado un tanto más siguiendo la estela ya iniciada en 2005 respecto a la orfandad y todo ello, en aras, es sabido, de mejorar las expectativas no solo económicas de un potencial sujeto beneficiario sino, más extensamente, de una de las principales instituciones, a nivel sociológico, de nuestro Estado Social y Democrático de Derecho: la familia.

## 2. OPCIONES EN FAVOR DEL CAUSANTE-BENEFICIARIO

Como ya fue anticipado al comienzo del presente epígrafe, resulta factible advertir una excepción al principio general de no concurrencia de una pluralidad de prestaciones en la posición de un único titular, y ello sobreviene cuando, cabe insistir, por causa expresamente legislativa, una de las prerrogativas germina en un derecho originario y propio mientras que la otra lo hace en un poder derivado. El abordaje adquiere fundamento en la específica regla del artículo 352.2 TRLGSS y a cuyo tenor

*Serán, asimismo, beneficiarios de la asignación que, en su caso y en razón de ellos, hubiera correspondido a sus padres:*

a) *Los huérfanos de padre y madre, menores de dieciocho años o mayores de dicha edad y que sean personas con discapacidad en un grado igual o superior al 65 por ciento.*

A ciencia cierta y conforme proclama la jurisprudencia, no se trata del reconocimiento *ex novo* de una nueva prestación, sino del cambio de titularidad en provecho del hijo pues, tras el fallecimiento del progenitor-titular de la medida y siempre que tal luctuoso acontecimiento de lugar a una situación legal de orfandad absoluta, no se amortiza ésta sino que se traspa en favor del menor que, evidentemente y aunque bajo regla excepcional, ahora concentra las dos figuras tanto de causante como de beneficiario. Acaso y como prueba más evidente del hecho de no hallarnos ante una nueva prestación es que al nuevo beneficiario, hasta ahora tan solo el causante, no le resulta de aplicación el requisito del artículo 352.1.c) TRLGSS sobre insuficiencia de recursos económicos, ya que y como se argumenta por el Tribunal Supremo en su sentencia, entre otras, de 23 de noviembre de 2016 (RJ/2016/6090):

*(...) lo que importa a estos efectos no es la persona a quien se concede la prestación, sino el estado de necesidad a que la prestación atiende, y la prestación debatida tiene por objeto compensar una carga familiar; (...) la función de compensación de la carga familiar se mantiene, aunque esa compensación se realice a favor de la propia persona determinante de la carga que es, al mismo tiempo, carga familiar y beneficiario. Ha cambiado el beneficiario, pero la prestación es la misma (...).*

La pregunta, haciendo acopio de lo tratado en apartados precedentes y en interés directo de lo que este ensayo preconiza, habría de ser: ¿Qué ocurre en el caso de que ese menor ya viniera siendo titular de alguna otra prestación externa al círculo de cobertura familiar?

De *lege data* y conforme fue analizado en el apartado III (sujeto beneficiario y prestaciones de distinta naturaleza), debiera poder seguir ostentando los subsidios en favor de familiares por causa de muerte y supervivencia o el concerniente al cuidado del hijo con enfermedad grave, pero además y por su condición de sujeto causante, pudiera compatibilizar con la orfandad que ya se anticipaba en la primera parte del apartado IV.1 y que, ahora, pasando a tenor absoluto, ofrece sentido a este régimen excepcional en cuanto a titularidad.

No obstante y, de *lege ferenda*, me interesa ahora centrarme más en el supuesto abordado en la segunda mitad de idéntico apartado IV.1, más concretamente en relación a la prerrogativa contemplada en el artículo 361.3 TRLGSS al efecto de poder presentar y defender una posible y futura coordinación con el resto de pensiones no contributivas. Partiendo del supuesto recién mencionado y a pesar de mis propias dudas que postulan el acopio de una interpretación distinta, más flexible, ya se sabe que si en el hijo concurre una incapacidad permanente o una jubilación, sendas en su modalidad no contributiva, el progenitor no cuenta con la opción de acceder a la asignación familiar, pero, ¿y si fuese a la inversa? Efectivamente, pongamos por caso que es el progenitor el que *prima facie* logra convertirse en titular de la prestación familiar, de tal manera que, tras su fallecimiento, la medida cambia de titular en favor de su vástago puesto que, por el momento y por causa de éste, no concurre causa de incompatibilidad. ¿Podría el hijo, actual causante y además beneficiario de la prestación familiar, acceder si cumple los requisitos a esa incapacidad o a esa jubilación, sendas en la modalidad asistencial? La opción es doble:

1ª En aplicación del principio base de incompatibilidad de pensiones públicas en la persona de un mismo beneficiario, condicionarle a un derecho de opción.

2ª Posibilitar un entrelazado de las medidas mencionadas, ya que el presupuesto jurídico para la titularidad que las informa es distinto, léase un derecho propio en la incapacidad o la jubilación, por un derecho derivado en la asignación familiar, y, además, porque su causa es igualmente diferenciable, siendo una contingencia individual en el caso de las dos citadas en primer término, mas de tintes colectivos -unidad familiar- en la última de las aportadas.

En busca de una toma de decisión, si a esta segunda consideración -que en ningún caso ha de ser adoptada por el lector como una reiteración improductiva sino como una ratificación de lo entonces argumentado- le sumamos el tenor en que se expresa el propio artículo 352.2 TRLGSS

(*serán, asimismo, beneficiarios...*), en tanto un planteamiento que parece tratar de reflejar imposición más que opción, creo que ha de materializar la opción claramente defendible.

## V. LAS OPCIONES DE COMPATIBILIDAD CON PRESTACIONES DE IDÉNTICA NATURALEZA

El objetivo es analizar la dimensión interna del beneficiario, esto es, la posible compatibilidad, o no, en su caso, de prestaciones de idéntica naturaleza, entendiendo por tales no tanto el criterio de la tipología de la medida (pensión, subsidio o prestación de pago único), tampoco el del nivel de cobertura (profesional o asistencial) sino la naturaleza, léase el significado jurídico o causa de la propia cobertura que viene materializado en un derecho propio en el escenario de un sentir colectivo, cual es la unidad familiar. Las opciones a tratar, las que a continuación se abordan.

La primera tiene que ver con la posibilidad de que sendos progenitores cumplan con aquellos requisitos que les han de permitir la condición de beneficiario de la asignación familiar económica en el Régimen General de la Seguridad Social. En este punto, el artículo 361.1 TRLGSS condiciona a que

*En el supuesto de que en el padre y la madre concurran las circunstancias necesarias para tener la condición de beneficiarios de las prestaciones reguladas en el presente capítulo, el derecho a percibir las mismas solo podrá ser reconocido en favor de uno de ellos.*

Tiene perfecto sentido si se tiene en cuenta que no encajan en la misma persona las condiciones de causante y beneficiario y que, por ende, el disfrute no se contextualiza pensando sólo en el interés de una específica persona física sino en el de toda una familia entendida como colectivo. Pensando en ello, no se pueden otorgar dos o más prestaciones en respuesta a una misma situación de necesidad.

La segunda toma como referencia la posibilidad de disfrute de varias prestaciones familiares si bien pertenecientes, estructuralmente hablando, a diferentes regímenes de Seguridad Social. A este respecto, el artículo 361.2 TRLGSS prevé que

*Las prestaciones reguladas en el presente capítulo serán incompatibles con la percepción, por parte del padre o la madre, de cualquier otra prestación análoga establecida en los restantes regímenes públicos de protección social.*

*En los supuestos en que uno de los padres esté incluido, en razón de la actividad desempeñada o por su condición de pensionista, en un régimen público de Seguridad Social, la prestación correspondiente será reconocida por dicho régimen.*

La previsión dispuesta, debe ser entendida como una potencial concurrencia entre Régimen General y Regímenes Especiales, todo ello dentro del sistema institucional de Seguridad Social. Además, la cortapisa debe quedar circunscrita al supuesto en el que el beneficiario sea un progenitor, pero no alcanzar a esa versión excepcional en la que, y como consecuencia de una orfandad absoluta, se produce una transmisión de la titularidad en favor del propio hijo causante, ello no sólo por el hecho de que no aparezca taxativamente contemplado en la propia letra de la ley sino, además, porque así lo corrobora, entre otras, la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Canarias de 26 de marzo de 2015 (JUR/2015/213694).

Una tercera posibilidad, es aquella que conecta el sistema institucional de la Seguridad Social con esos otros regímenes *especialísimos* que operan al margen del recién aludido aunque siempre en el marco del más amplio espectro de la Protección Social. La referencia casi obvia tiene como destinatarios a los funcionarios de la Administración Civil del Estado, a los de la Administración de Justicia y los de las Fuerzas Armadas. Sin necesidad de penetrar en los entresijos de sus respectivas mutualidades y entramados jurídicos, sirva decir que, aunque inicialmente y por el hecho de tratarse de afiliaciones, altas y cotizaciones distintas el sujeto adquiere un derecho en sendos sistemas de protección, no hay que olvidar la más que contemporánea reforma al respecto introducida en la normativa sobre Clases Pasivas que ya ha sido analizada en este mismo trabajo y

a la que, en consecuencia, nos remitimos en este momento<sup>15</sup>. Tan solo recordar que, de cara a la cuantificación de la tutela, habrán de ser interpretados sistemáticamente al efecto de no superar cuantías mínimas en concepto de prestaciones sociales.

La cuarta opción, es aquella que proclama la compatibilidad, entre sí, de las diferentes manifestaciones de prestaciones familiares en su modalidad no contributiva, todo ello con fundamento legal en el artículo 29.2 del Real Decreto 1335/2005, si bien adaptando, como es lógico, la llamada a la prestación por filiación biológica o legal en determinados tipos de familia (monoparental, numerosa o de madre discapacitada) en sustitución de la antigua prestación de pago único por nacimiento de tercer o sucesivos hijos. Entre los motivos básicos que podrían traerse a colación para justificar dicha operativa -ya que y como viene siendo costumbre el legislador no aporta ningún justificante al respecto- el hecho de que una medida emerja bajo el formato de pensión mientras que las otras dos lo hagan en términos de prestación de pago único y, especialmente, incluso como justificante de lo que se acaba de decir, que en tanto la pensión se adapta perfectamente al sentir de lo que ha de representar una medida de protección desde el sistema de Seguridad Social, sus dos acompañantes en la causa más parecen medidas de estímulo a la natalidad que un postulado de sustitución de rentas dejadas de percibir o, más allá, de cobertura de un umbral de pobreza.

## VI. CONCLUSIONES

La institución familiar, sociológicamente hablando, es una piedra angular del Estado, un dato que permite justificar la protección que en los diversos órdenes pretende conferirle la Constitución como norma fundamental del ordenamiento. Claro, el Derecho de la Seguridad Social, en tanto una de las principales ramificaciones de orden tuitivo que conforman el mismo, no habría de quedar exceptuado de la posibilidad real -casi habría que calificar como obligación- de articular un entramado jurídico en dicha cobertura. A día de hoy y aunque el concepto y la causa de la familia está presente en una pluralidad de prestaciones, su proposición más específica queda presentada a través de las así denominadas *prestaciones familiares* cuya evolución, en términos de regulación jurídica y particularmente de eficacia, ha discurrido por un camino muy sinuoso y sobre el que ahora, *in fine*, se propone una nueva reflexión sobre los presupuestos que ya lo integran, más concretamente sobre las opciones de compatibilidad de sus instrumentos de acción como medida de mejora en su eficacia.

La primera propuesta ha consistido en el análisis sobre en qué medida un progenitor puede aspirar a una asignación familiar vitalicia cuando resulta que ya es titular de otras prestaciones del sistema si bien de distinta naturaleza. La interpretación del artículo 161.3 TRLGSS, permite que se pueda concretar la viabilidad, en el marco de interacción de diferentes regímenes internos al sistema institucional, con medidas que, lejos de la nomenclatura de pensión, provienen de un derecho derivado -subsidio en favor de familiares vía muerte y supervivencia- o, incluso, de un derecho propio pero en el marco de una propuesta sobre lo familiar más amplia de la causa que recoge las más específicas *prestaciones familiares* -subsidio por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave- todo ello excepción hecha, de manera expresa y por el propio legislador, de habilitar disposición legal o reglamentario en contrario, prerrogativa por otra parte infrecuente por no calificar de inexistente en cuanto a su recurso y, por ende, su eficacia.

La segunda propuesta se ha sustentado sobre idéntica tipología en cuanto a las prestaciones a conjugar pero tomando como sujeto activo al hijo causante. La opción principal del progenitor beneficiario se escuda, aunque pueda parecer una perogrullada, en el hecho de tener un hijo a cargo, el problema es que no ostentará tal condición aquel que tenga ya la consideración de pensionista, ya sea de nivel contributivo, ya de nivel asistencial. La excepción, emerge institucionalizada en una orfandad del hijo causante condicionada a una mayoría de edad civil más un grado mínimo de discapacidad equivalente al 65 por cien. En cualquier caso y sin desdén hacia

<sup>15</sup> Vid., apartado III.

la notoriedad de este supuesto, en el trabajo se ha reflexionado y tomado partido sobre la opción de futuro para poder solapar las tres grandes modalidades de tutela asistencial y que, en la actualidad, aparece proscrita por el concreto apartado normativo que, curiosamente, ofrece carta de naturaleza al supuesto excepcional recién comentado. Asimismo, recordar como principal especialidad la opción de que el propio hijo causante sea, además, beneficiario de la asignación familiar vía subrogación de titularidad desde su propio progenitor en el escenario de una orfandad absoluta (artículo 352.2.a) TRLGSS). El denominador común a todas estas propuestas cobra sentido bajo la misma causa, esto es, la diversidad de naturaleza dentro de lo familiar así como el talante de derecho derivado.

La tercera propuesta tiene que ver con el régimen de compatibilidades dentro del propio y más específico marco de prestaciones familiares, el cual y salvo las excepciones contempladas en los dos primeros apartados del artículo 361 TRLGSS, esto es, una titularidad doble en el seno del Régimen General o bien de manera individualizada pero entre regímenes varios aunque siempre dentro del sistema institucional de Seguridad Social, postula el favorecer el más amplio régimen de convivencia posible entre tales manifestaciones de tutela, representando el exponente más claro la posible concurrencia de una pluralidad de prestaciones familiares no contributivas del Régimen General en la figura de un único sujeto beneficiario.

El caso es que, a modo de reflexión final, si nos ubicamos en cualquiera de estos tres vértices que conforman el triángulo superficial de tutela para la unidad familiar por causa de hijo a cargo, desde cualquiera de los mismos cabe atisbar espitas que dan pie a exponentes de compatibilidad, ahora bien y pensando en el otro platillo de una imaginaria balanza, la inexistencia en vísperas de la tercera década del siglo XXI de un marco legal preciso sobre opciones de compatibilidad entre prestaciones de Seguridad Social, unido a la siempre difícil, vidriosa y quizá incomprendida causa de la tutela familiar por hijo a cargo, son seguramente los principales detonantes que han venido impidiendo el obtener los frutos seguramente apetecidos en el juego de esta medida. Así las cosas y pensando en su propia flexibilidad, en el aumento de las posibilidades de su juego combinado con otros instrumentos, acaso y como ideal más importante, dos son los patrones conceptuales sobre los que conviene reflexionar al efecto de lograr la mejor interpretación posible. En primer lugar, el concepto de prestaciones de idéntica naturaleza como factor excluyente, ya que debe ser explicado desde el derecho que, como título jurídico, el beneficiario puede esgrimir para el acceso a la cobertura, de tal manera que si es un derecho derivado, ajeno a una causa o razón propia e individual, habría de ser factible el solapamiento. En segundo lugar, la propuesta sobre la causa o identidad familiar, la cual, no restringiendo el círculo del beneficio a la razón de hijo a cargo, igualmente debiera permitir la compaginación de varias medidas en la persona de un mismo beneficiario.



## CAPÍTULO XXII. UNA VISIÓN DIFERENTE DE LA PROTECCIÓN A LA FAMILIA.

FULGENCIO PAGÁN MARTÍN-PORTUGUÉS.

*Abogado – Graduado Social*

*Doctor en Derecho*

*Profesor Asociado de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad Politécnica de Cartagena*

### I. LOS DEPORTISTAS Y LA PROTECCIÓN A LA FAMILIA

La Ley 6/2000 de medidas fiscales para el estímulo del ahorro familiar, y en vigor con las nuevas versiones, estableció el añadido a la Ley 40/1988 de 9/12 de IRPF, permitiendo que los deportistas profesionales y de alto nivel pudieran realizar aportaciones a las mutualidades de previsión social con determinadas especialidades. La norma regulaba que la condición de mutualista recaería en el deportista profesional o de alto nivel, por cuanto estas aportaciones exigían los referidos requisitos, carácter profesional del deportista o condición de alto nivel, pero además impedían la realización de aportaciones una vez finalizada la vida laboral deportiva.

La norma restrictiva en colectivo y en el tiempo establecía una cobertura idéntica a los planes de pensiones, como de igual forma regulaba los derechos consolidados de los mutualistas y su forma de rescate de igual forma que ocurre con el resto de colectivos, cumpliendo las contingencias de jubilación, incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez, viudedad, orfandad y a favor de familiares, y sin que se admitieran aportaciones una vez que finalice la vida laboral como deportista profesional o se produzca la pérdida de la condición de deportista de alto nivel en los términos y condiciones que se establezcan reglamentariamente.

Como con acierto expresa Ron Latas<sup>1</sup> sólo los profesionales ostentan el derecho a la protección social que el sistema público otorga, y se olvida de los no profesionales o autónomos a los que se les veta el derecho a la protección social estatal, e incluso a la incorporación de la Mutualidad de Previsión social de los deportistas; pero es más, hasta a las mujeres de alto nivel con participación olímpica se le otorga una cobertura muy limitada teniendo excluida incluso la situación de maternidad o riesgo de embarazo, cobertura pública incomprensiblemente omitida.

Los derechos de las mujeres deportistas se encuentra limitado no ya tanto por cuanto ofrece el sistema público en materia de pensiones a las mujeres deportistas trabajadores por cuenta ajena o autónomas, sino por la normativa actual que permite constatar que solo las deportistas, aun siendo de alto nivel, carecen de cobertura para cubrir contingencias como los riesgos de embarazo, o la maternidad, padeciendo la falta de asistencia pública de estas esenciales prestaciones, que además conlleva, casi siempre, los problemas e impedimentos para suspender su actividad deportiva, siendo objeto en ocasiones de mobbing e incluso de resoluciones contractuales o suspensiones “acordadas” de sus contratos.

La desigualdad y la frustración de una verdadera conciliación es denunciada diariamente por las mujeres deportistas con ninguna respuesta ni altavoz que recoja la constante vulneración, así, y tal y como se recoge en un brillante trabajo inserto en la revista de Psicología de la Universidad de las Islas Baleares<sup>2</sup> donde se exponen supuestos de evidente desigualdad en el que por parte de las

<sup>1</sup> “Mujer, trabajo y seguridad social”. Ed. La Ley Madrid. Diciembre 2010.

<sup>2</sup> “Una mirada a la conciliación a través de las mujeres deportistas” Revista de Psicología del Deporte 2013. Vol. 22, núm. 1, pp. 69-76. Ed. Universitat de les Illes Balears.

entidades deportivas se procede al abandono de la deportista, permítaseme la referencia en femenino, cuando es madre o cuando los resultados deportivos se ven afectados tras la maternidad. En el mismo trabajo se analiza que en ocasiones se produce una ayuda durante los períodos de maternidad o posteriores sin que la madre pueda siempre contar con estos incentivos por la penalización deportiva que supone el parón deportivo. A fecha actual son muchas las madres que renuncian a la maternidad, a través de distintos métodos, por todos conocidos, siendo sorpresiva la escasa investigación que sobre las trabas directas o indirectas a la maternidad se imponen a las deportistas.

En fecha 30/11/2017 el Comité Olímpico Español presentó el libro *Mujer, discriminación y Deporte*<sup>3</sup> donde se destacó que la regulación deportiva posibilita un trato discriminatorio a la deportista profesional a nivel laboral, sanitario, de prestigio económico y social; que en el deporte español la mujer no consigue el reconocimiento de deportista profesional; que existe la excusa común de ausencia de contrato laboral en las ligas profesionales femeninas, posibilitando esta excusa cláusulas abusivas como la resolución unilateral, y sin indemnización por causa del embarazo; que las mujeres deportistas no alcanzan un 5% de la representación en las federaciones, sin que tampoco las haya en la Comisión Directiva del Consejo Superior de Deportes; que la Ley de Igualdad no ha sido trasladada a la normativa del deporte donde no se recoge ninguna mención al género ni a la discriminación por sexo; y que tampoco existen convenios colectivos en el ámbito del deporte femenino.

El ámbito deportivo, aún a día de hoy, es un espacio creado por hombres y dirigido por hombres, y donde la mujer ha venido como un añadido, a veces molesto, en ocasiones no considerado, y en otras casi menospreciado, sin que a fecha actual mantenga un nivel de igualdad real deseable, con una carencia de medios económicos y de difusión informativa, que espero, que con los éxitos deportivos y la debida publicidad de éstos, permita cambiar la tendencia y llegar a una igualdad de oportunidades para nuestras deportistas.

## II. LOS MENORES HUÉRFANOS: RETROACTIVIDAD DE LA SOLICITUD DEL DERECHO

Procedo al análisis de la solución dada por el Tribunal Supremo<sup>4</sup> al conflicto surgido cuando los abuelos de tres huérfanos absolutos, designados tutores, procedieron a solicitar el derecho a percibir la pensión desde la fecha del fallecimiento del progenitor causante, entendiendo el INSS que habría de estar a la espera del plazo de tres meses desde la fecha del hecho causante.

El Juzgado de lo Social n.41 de Madrid, desestimó la demanda pues entendía que no se podía retroceder la fecha del hecho causante, si bien la Sala del TSJ de Madrid, en sentencia de 18/05/2016<sup>5</sup> revoca la sentencia de instancia, y reproduciendo el criterio del TSJ de Murcia establece que la pensión de orfandad es imprescriptible, y si bien los efectos económicos no pueden retrotraerse más de tres meses, anteriores a la fecha de la solicitud, entiende que no siendo posible realizar la petición con anterioridad, pues no pudo efectuarse, debido a la falta de capacidad del beneficiario hasta que se produjo el nombramiento de tutor que supliese su falta de capacidad, y teniendo en cuenta que desde la presentación de la solicitud de prestación de pensión de orfandad, para los nietos menores de edad por él tutelados, no habían transcurrido más de tres meses desde que se pudo realizar, y siendo esta una prestación imprescriptible, conforme al actual art.230 de la Ley General de Seguridad Social<sup>6</sup>, es por cuanto entiende la Sala del TSJ que procede retrotraer la pensión con efectos económicos desde la fecha de fallecimiento del causante, sin que a su juicio sea adecuado aplicar el plazo de tres meses de retroactividad de los efectos económicos de la prestación solicitada desde la fecha de la solicitud, como sostiene el INSS.

<sup>3</sup> LOPEZ GONZALEZ, MJ. "Mujer Discriminación y Deporte". Ed. Reus. *Colección Derecho Deportivo*, Madrid 2017.

<sup>4</sup> STS. Social. 27/02/2018. Recurso 3022/2016. ECLI: ES: TS: 2018; 815.

<sup>5</sup> STSJ Madrid. Social.Secc.2. 18/05/2016. Recurso 252/2016. ES:TSJM:2016:5825

<sup>6</sup> RD Legislativo 8/2015 de 30/10. BOE. 31/10/2015.



Se trae a la Sala de contraste, la sentencia dictada por el TSJ de Canarias de Las Palmas de 08/06/1993<sup>7</sup>, que estimó el recurso de suplicación interpuesto por el INSTITUTO NACIONAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL contra la sentencia de 1 de octubre de 1992, del Juzgado de lo Social número 6 de Las Palmas en los autos número 298/1992, donde se establecía que los causantes, encuadrados en el RETA y en el Régimen General, respectivamente, fallecieron el 6 de septiembre de 1991 y en fecha de 29 de octubre del mismo año se presentó expediente de jurisdicción voluntaria para la constitución de la tutela de los menores, notificándose el 13 de febrero de 1992 el Auto fecha 9 de enero de 1992, del Juzgado de Primera Instancia designando como tutora a la tía de los menores; así y con posterioridad al nombramiento solicitó dicha tutora la pensión de orfandad siéndoles reconocida a los menores mediante resoluciones del INSS, en el Régimen General de fecha 18 de marzo de 1992 y fecha de efectos de 4 de diciembre de 1991 y del RETA de 24 de marzo de 1992, con fecha de efectos de 1 de enero de 1992. La actora presenta reclamación previa, que es desestimada, y, posterior demanda, interesando que la fecha de efectos se fije en el día del hecho causante, el Juzgado de lo Social estimó la demanda, que se revoca en suplicación al entender la Sala que se había superado el plazo para formular la petición de la pensión de orfandad establecido en el artículo 61.1 de la Orden de 24 de septiembre de 1970<sup>8</sup> pues se presentó la solicitud a los seis y siete meses, respectivamente, de ocurrir el hecho causante, sin que pueda justificarse esta tardanza en el hecho de que únicamente el tutor estaba legitimado para solicitar dicha prestación, pues considera que se podía haber realizado la solicitud con anterioridad al nombramiento, entendiéndolo superfluo, a estos efectos, el expediente de jurisdicción voluntaria, para la designación del tutor, y para solicitar las pensiones de orfandad, por cuanto retrotrae los efectos económicos a los tres meses anteriores al hecho causante.

El asunto nuclear a resolver por el TS es determinar la fecha de efectos de la pensión de orfandad reconocida a los huérfanos menores, esto es, si ha de retrotraerse tres meses a la fecha de la solicitud o han de reconocerse sus efectos económicos desde que se produjo el hecho causante. En las dos sentencias reseñadas la solicitud ha sido formulada por el tutor de los menores, una vez ha sido designado para este cargo, lo que ha acontecido transcurridos más de tres meses desde que se produjo el hecho causante, habiendo formulado la solicitud de la pensión antes de que transcurrieran tres meses desde que aceptaron el cargo de tutores. Entiende el TS que no existiendo norma que establezca, expresamente, que quien tenga a cargo a los huérfanos ha de solicitar la pensión de orfandad, y no pudiendo perjudicar los intereses del menor, y conforme al art.39 de la Constitución Española que establece en su art.39.1 que los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia; y el art.39.2 que compele a los poderes públicos a asegurar la protección integral de los hijos, estos preceptos deben ser los principios que han de guiar la interpretación de las normas, por cuanto concluye la Sala que no cabe privar a los menores de una parte de su derecho de pensión de orfandad cuando no se establece de forma clara en el ordenamiento quién ha de solicitar dicha pensión y sin que esta circunstancia pueda acarrear un perjuicio por inacción del obligado a solicitar la pensión a quien debe percibirla.

### **III. PROCESAL. SUPPLICACIÓN: IRRECURRIBILIDAD DE LAS SENTENCIAS EN MATERIA DE CONCILIACIÓN. UNA OPCIÓN PARA EL ACCESO AL RECURSO**

La Sala Cuarta del Tribunal Supremo en su sentencia de 25/03/2013 procede a cambiar su doctrina<sup>9</sup>, así como en sentencias anteriores de Pleno de 13/06/2008<sup>10</sup>, 18/06/2008<sup>11</sup> y la de 24/04/2012<sup>12</sup>, se analizaron solicitudes de adecuación de jornada y horario en las que no se postulaba la reducción de jornada, se estableció que cabía la utilización del proceso ordinario, si

<sup>7</sup> STSJ Canarias. Social. Las Palmas. Recurso 243/1993.

<sup>8</sup> Orden 24/09/1970 que dicta normas para aplicación y desarrollo del RETA. BOE 30/09/1970

<sup>9</sup> S TS Social. 25/03/2013. Recurso 957/2012. ECLI: ES:TS:2013:2010.

<sup>10</sup> S TS Social 13/06/2008. Recurso 897/2007. ECLI: ES: TS: 2008: 4494

<sup>11</sup> S TS Social 18/06/2008. Recurso 1625/2007. ECLI: ES: TS: 2008 4569.

<sup>12</sup> S TS Social 24/04/2012. Recurso 3090/2011. ECLI:ES: TS:2012:2898.

bien y tras la Ley de Igualdad<sup>13</sup>, se introdujo la modificación en el Estatuto de los Trabajadores remitiendo cualquier discrepancia en materia de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, reconocidos legal o convencionalmente al procedimiento específico de la ley procesal, ubicado en el art.138 bis de la LPL, hoy en el art.139 de la LRJS<sup>14</sup>

Así las cosas, analizamos el supuesto que resuelve la Sala del TS, y en fecha de 4 de marzo de 2009 se interpone demanda en la que se terminaba solicitando el reconocimiento de su derecho "a cambiar de turno en relación a los miércoles", a fin de que se le permitiera realizarlo en horario de mañana, en vez de cumplirlo en horario de tarde como hasta entonces, en razón a las circunstancias de carácter personal y familiar que él mismo exponía en el escrito rector del proceso ("... está divorciado de su cónyuge teniendo una hija menor habiéndose establecido en sentencia firme un régimen de visitas a favor del menor siendo el siguiente: todos los miércoles por la tarde debiendo recogerla de su domicilio y reintegrarla al domicilio materno..."), y sin que esa concreción horaria, según decía, "considerando las dimensiones de la plantilla" de Telefónica, generara una grave perturbación en el servicio o funcionamiento de la empresa.

El demandante, según consta en la declaración de hechos probados de la sentencia de instancia, viene prestando servicios en la empresa demandada, con categoría de operador técnico, en turno rotativo de mañana y tarde y éste último -el de tarde-, incluidos los miércoles, lo realiza cada tres semanas desde las 15,30 a las 19 horas. Por sentencia de un Juzgado de Primera Instancia de fecha 18 de noviembre de 2005, después de que los padres se divorciaran por sentencia de 15 de abril de 2003, se amplió el régimen de visitas a la hija menor, fijada para el demandante en fines de semana alternos (desde las 12 horas del sábado a las 20 horas del domingo) y los miércoles de 17 a 20, estableciéndose que "el padre [el actor] podrá tener consigo a su hija todos los miércoles de 17 a 20 horas, debiendo. ... recogerla y reintegrarla en el domicilio materno". Apelada aquella sentencia por la madre, la Audiencia Provincial, en sentencia del 15 de junio de 2006, modificó el horario de las visitas paternas de los miércoles desde la salida del colegio de la niña hasta las 19 horas. En la demanda el actor interesa que los miércoles que le correspondía el turno de trabajo de tarde se le cambie por el de mañana con la finalidad de poder conciliar su vida laboral y familiar.

La pretensión fue desestimada por el Juzgado de lo Social nº 5 de Las Palmas de Gran Canaria pero, recurrida en suplicación, la Sala de lo Social del TSJ de Canarias/Las Palmas, al acoger favorablemente el recurso interpuesto por el propio actor, la estimó con el argumento principal de que, ponderando los intereses en juego, le parece razonable privilegiar la conciliación de la vida familiar pues, de no hacerse así, la Sala entiende que quedaría vacía de contenido la Ley Orgánica 3/2007 para la igualdad efectiva de hombres y mujeres, ya que, al no contemplarse en el Convenio Colectivo de aplicación el derecho postulado, sería preciso llegar a un acuerdo con el empresario que, de no darse, como es el caso, desactivaría el espíritu y la letra de la mencionada Ley Orgánica, o, como literalmente dice aquella Sala, "*daría lugar a ser papel mojado el espíritu y la letra de la LO mencionada y de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras*". La empresa formalizó recurso de casación para la unificación de doctrina.

La Sala, con carácter previo, procede a analizar su propia competencia funcional, por afectar al orden público procesal, teniendo en cuenta, sobre todo, la fecha en la que se interpuso la demanda origen de las presentes actuaciones, incluso las dos resoluciones recaídas en instancia (29-4-2005 y 14-7-2006) -que fueron anteriores a la entrada en vigor de la Ley Orgánica 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres-, en la que ya resultaba de aplicación la nueva Disposición adicional decimoséptima del Estatuto de los Trabajadores, cuyo tenor literal establecía que las *discrepancias que surjan entre empresarios y trabajadores en relación con el ejercicio de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral reconocidos legal o convencionalmente se resolverían por la jurisdicción competente a través del procedimiento establecido en la Ley Procesal Laboral*, procede a añadir que por la Ley 13/2009<sup>15</sup>, en vigor

<sup>13</sup> Ley Orgánica 3/2007. BOE 23/03/2007.

<sup>14</sup> Ley 36/2011 DE 10/10. BOE 11/10.

<sup>15</sup> Ley 13/2009 de 3/11 de la Oficina Judicial. BOE 4/11.

desde el 5 de mayo de 2009, se modificó la rúbrica de la Ley Procesal incluyendo no sólo los "permisos por lactancia y reducción de jornada por motivos familiares", como antes decía, sino a todos los "derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral reconocidos legal o convencionalmente".

De igual forma, la redacción de la norma procesal hoy vigente, Ley 36/2011, de 10 de octubre, regula la tramitación de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral en su art. 139 donde establece que "no procederá recurso" contra la sentencia que se dicte, en esta materia.

Asimismo se amplía el ámbito de aplicación del derecho extendiéndolo también *al ejercicio de los derechos de la trabajadora víctima de violencia de género establecidos en la ley, a la reducción de la jornada de trabajo con disminución proporcional del salario y a la reordenación del tiempo de trabajo, a través de la adaptación del horario, de la aplicación del horario flexible o de otras formas de ordenación del tiempo de trabajo que se utilicen en la empresa.*

Pues bien, como se ha referido, la reforma del ET remitía para la resolución de cualquier discrepancia en materia de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, al procedimiento establecido en el art. 138 bis de la LPL, actual art.139 de la LRJS, y en sendas redacciones, la anterior y la actual se establece de forma tajante que la sentencia dictada en esta materia por el juez de instancia no será susceptible de recurso alguno.

Conforme a lo expuesto, y a la contundencia de la redacción de la norma procesal, en cualesquiera de sus versiones, la Sala del TS declara la nulidad de todas las actuaciones practicadas con posterioridad a la sentencia del Juzgado de lo Social, incluida, desde luego, la sentencia dictada en suplicación, toda vez que más allá de la sentencia de instancia no cabía recurso ordinario alguno, sin que se debiera haber dado acceso alguno, entendiéndose la Sala que para la tutela pretendida, y en caso de disconformidad, sólo se podrá acudir al recurso de amparo como único instrumento jurídico posible a fin de accionar la tutela de derechos que pudiera vulnerarse por la resolución judicial.

Entiende la Sala que el acceso al recurso de suplicación no hubiera deparado mejor suerte al procedimiento, toda vez que la posible incidencia de la pretensión ejercitada, en hipotéticos derechos fundamentales del demandante, además de no invocarse directamente en la propia demanda, ninguno de estos derechos, tampoco el demandante optó por el proceso de tutela sino que articuló su demanda por un procedimiento ordinario para la "concreción horaria por cuidado de hijo menor", sin que pueda, a juicio del Tribunal, sostenerse que el recurso sea una garantía adicional que haya de aplicarse a un procedimiento que la propia norma procesal excluye, precisamente, para lograr así las garantías de una solución rápida y eficaz respecto a las reclamaciones de conciliación, concluyendo además que la protección de cualquier derecho fundamental que pudiera considerarse vulnerado quedaría garantizada, en su caso, a través del recurso de amparo.

El Fallo de la sentencia del TS anula las actuaciones hasta la notificación de la sentencia de instancia para declarar la firmeza de la misma, y previo redireccionamiento de la acción, en su caso, al amparo constitucional, retrotrae las actuaciones a la sentencia del Juzgado de lo social.

Con el máximo respeto, no se puede estar de acuerdo con el criterio del Tribunal Supremo que regatea el problema y no lo aborda ni lo resuelve, derivando la posible vulneración al recurso de amparo, tan restrictivo o más que la propia Sala del Supremo para su acceso, al no más accesible Tribunal Constitucional. Entiendo que se podía haber mantenido el acceso al recurso de suplicación estableciéndose una presunción pro actione, para tutelar un derecho con especial marchamo constitucional y preciso de expresa protección jurisdiccional, máxime cuando la acción estaba perfectamente definida, con independencia del acierto o no del cauce procesal elegido, y el petitum era inequívoco y permitía entrar a su resolución. Así las cosas, no habiéndose querido aperturar el acceso al recurso de suplicación en esta materia, que se impide de una forma tajante, en la resolución objeto de comentario, creemos que se puede tener acceso al recurso de suplicación por una vía paralela y quizás espúrea.

La redacción actual del art.139.1 b de la LRJS establece que contra la sentencia en el ejercicio de los derechos de conciliación de la vida personal y familiar, no cabrá recurso, salvo cuando se haya acumulado la pretensión de resarcimiento de perjuicios que por su cuantía pudiera dar lugar al recurso de suplicación. Recordemos que cabe el recurso de suplicación, según el art.191.g de la LRJS cuando la cuantía litigiosa excede de tres mil euros, así, y siguiendo con el supuesto de análisis, se pueda solicitar una indemnización por daños, cuantificable y justificable por cualquier medio admitido en derecho, que uniéndolo a la reclamación de origen y de forma conjunta con la reclamación por los derechos de conciliación, supere este importe. El asunto se puede complicar hasta el punto de pensar si en este caso, reclamación conjunta de conciliación de vida familiar e importe resarcitorio, sería necesaria la conciliación por no estar en los supuestos excluidos del art.64 de la ley procesal. En mi opinión, y siguiendo la doctrina más conservadora y menos lesiva para los intereses de nuestro patrocinado, aconsejaré interponer la demanda de conciliación, que se podrá unir a la demanda ya presentada, pues si bien podríamos estar ante un defecto formal, objeto de rechazo sobre este petitum, nada impide presentar la demanda y unir posteriormente el acto de conciliación, con casi toda seguridad fallido, y evitar excepciones procesales salvables ab initio.

#### IV. VIUEDAD: TRIBUNAL SUPREMO Y TEDH ASUNTO MUÑOZ DÍAZ

El Tribunal Supremo en su sentencia de 25/01/2018<sup>16</sup> anula la pensión concedida a la viuda casada por el rito gitano desde hacía años y con cinco hijos, revocando la sentencia del TSJ de Andalucía<sup>17</sup> que la concedía, y confirma la de instancia del Juzgado de lo Social n.4 de Jaén que desestimaba la demanda.

La sentencia del TSJ hace una aplicación extensiva de la sentencia del TEDH de 08/12/2009, asunto Muñoz Díaz, concluyendo que la denegación de la pensión podría producir una discriminación por razones étnicas y culturales, toda vez que existía un Libro de Familia y una evidencia de convivencia en el mismo domicilio, considerados como matrimonio gitano al menos durante quince años y con cinco hijos en común, sin que existiera ficción en el matrimonio ni en el entorno familiar y social, toda vez que constan como solteros en el libro de familia y como como padres de sus hijos. No figuraban inscritos como pareja de hecho en ningún registro público.

El INSS en su recurso utiliza como contraste la sentencia del TSJ de Galicia<sup>18</sup> que rechaza la pensión reclamada por viuda unida al fallecido, por rito gitano, con convivencia ininterrumpida durante veinticuatro años, dos hijos en común y libro de familia. En este supuesto, y aplicando la doctrina jurisprudencial y constitucional, y la ausencia de inscripción en registro alguno de pareja de hecho, y figurar como solteros en el libro de familia, se excluía de las bases de la resolución del TEDH de reconocimiento oficial como matrimonio.

El TS recuerda el criterio de la Sala<sup>19</sup>, confirmado por el TC<sup>20</sup> en numerosas sentencias sobre la necesidad de inscripción registral, o documentación notarial de las parejas de hecho, toda vez que la solución por la que ha optado el legislador no es de una exigencia probatoria duplicada sobre la existencia de la pareja de hecho, sino a exigencias diferentes, de una parte la material, convivencia estable de al menos cinco años; y la formal, ad solemnitatem, de verificación de la que la pareja de hecho se ha constituido en una relación de afectividad conyugal al menos dos años con antelación al hecho causante.

La Sala entiende que la norma establece una exigencia para la pensión de viudedad no sólo del requisito de cinco años de convivencia acreditada, sino además establece el exclusivo beneficio a las parejas de hecho registradas, al menos dos años antes, o que hayan formalizado su relación ante

<sup>16</sup> S TS. Social. 25/01/2018.Recurso 2401/2016. ECLI: ES: TS.2018:294.

<sup>17</sup> S TSJ Social Andalucía.Granada.20/04/2016.Recurso 2843/2015.

<sup>18</sup> S TSJ Social Galicia. 27/03/2013.Recurso 4657/2010.

<sup>19</sup> SS TS Social 07/12/2016. Recurso 3765/2014; 08/11/2016.Recurso 3469/2014.

<sup>20</sup> SS TC 40/2014 de 11/03.BOE 10/04/2014; 60/2014 de 05/05 BOE 03/06/2014.

notario en el mismo plazo, dos años, cumpliendo obviamente con el requisito de convivencia. A juicio de la Sala si bien es cierto que el art.174.3 de la LGSS – RD Legis 1/1994 - no ofrece la claridad deseable a una disposición legal, sí se evidencia que la norma exige el cumplimiento simultáneo de los requisitos.

Respecto al Libro de Familia, se expone por el Tribunal que si bien es un documento público que certifica matrimonio y filiación, matrimonial, extra matrimonial y adoptiva, de suyo, no acredita la existencia de pareja de hecho siendo ésta una función ajena al Registro Civil. De igual forma, recuerda que el carácter constitutivo de la inscripción en el Registro de parejas de hecho se mantiene de manera inequívoca en legislaciones autonómicas, como la balear, la gallega, la vasca, la valenciana, entre otras.

La sentencia del TEDH de 08/12/2009, que es anterior a la Ley 40/2007<sup>21</sup> de medidas de seguridad social, atribuye la pensión al superviviente de la unión celebrada por el rito gitano. Si bien analicemos la inaplicabilidad al caso.

El TEDH, en su sentencia de 25/09/1996<sup>22</sup> estableció que la vulnerabilidad de la etnia gitana, por el hecho de constituir una minoría, implica una especial atención a sus necesidades y propio modo de vida; así, la convicción de la demandante en cuanto a su condición de mujer casada, se reforzó con el reconocimiento de su condición de esposa por las autoridades, por cuanto la denegación del reconocimiento a la pensión de viudedad contradeciría el reconocimiento previo de las autoridades a esta condición. El TEDH considera que el rechazo a reconocer la pensión de viudedad constituye una diferencia de trato a situaciones equivalentes a los efectos de la buena fe.

En el supuesto que ahora se analiza existe un paralelismo con el caso de Muñoz Díaz puesto que se trata de una pareja de gitanos, que solemnizaron su matrimonio a través de su propia etnia, tuvieron cinco hijos, los inscribieron en el Libro de Familia y en la Seguridad Social, por cuanto todo parecía indicar que había una legítima expectativa; si bien la Sala encuentra diferencias, no tanto por la validez del rito matrimonial, sino por que la estimación de la demanda vino por el reconocimiento de determinados documentos oficiales y la validez que se atribuye al matrimonio de la comunidad romaní - comunidad o etnia originaria del subcontinente indio, que data de los Reinos medios de la India, con rasgos culturales comunes aunque con enormes diferencias entre sus subgrupos-.

El Tribunal Europeo no cuestiona la sentencia del TC de 16/04/2007<sup>23</sup>, que denegó el amparo a la solicitante de la pensión de viudedad por haber contraído matrimonio por el rito gitano, pues no se estaba ante una vulneración del principio de igualdad del art.14 de la Constitución Española, toda vez que los efectos civiles de los vínculos matrimoniales bajo diversas confesiones no supone que pueda equipararse a los usos y costumbres gitanos, ni que esto suponga una discriminación étnica.

Se evidencia que existe una coincidencia en el colectivo afectado y la prestación solicitada, pero no cabe la buena fe en la creencia del vínculo matrimonial, toda vez que en la documentación oficial consta la cualidad de solteros y de hijos extramatrimoniales; dirigiéndose la actual acción como la invocación de pareja de hecho cuando en el procedimiento de contradicción se argumentaba la existencia de pareja de hecho.

Entiende el Supremo que no se trata de aplicar la doctrina del Estrasburgo, TEDH, sino de variar equiparando la unión por rito gitano a la inscripción registral o de parejo de hecho para acceder a la pensión de viudedad, lo que no es posible, toda vez que el requisito de inscripción o documentación pública de pareja de hecho es de naturaleza constitutiva, y exige esta oficialidad no sustituible por ningún otro medio probatorio; y seguidamente que la redacción del precepto de la LGSS, art.174.3 de la redacción de 1994 es neutral desde el punto de vista racial y étnico; además el art.14 de la Constitución Española, principio de igualdad, no consagra un derecho subjetivo al

<sup>21</sup> Ley 40/2007 de 04/12. BOE 5/12.

<sup>22</sup> Sentencia Buckley c. Reino Unido de 25 de septiembre de 1996, Compendio 1996-IV.

<sup>23</sup> S TC 69/2007 de 16/04. BOE 23/05/2007.

trato normativo desigual. Para la Sala, admitir la solución que se pretende, haría de peor condición a los que no se constituyeron como parejas de hecho y vieron denegado su derecho a la pensión de viudedad; sin que quepa olvidar las minorías étnicas, culturales y su vulnerabilidad, no se puede excepcionar respecto a determinadas exigencias sin comprometer la seguridad jurídica y la uniformidad normativa.

# CAPÍTULO XXIII. ASIGNACIÓN ECONÓMICA POR HIJO O MENOR ACOGIDO CON DISCAPACIDAD

M<sup>a</sup> VALVANUZ PEÑA GARCÍA

*Profesora Asociada Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad Complutense de Madrid  
Juez (sust.) de lo Social en Madrid*

## I. INTRODUCCIÓN

La asignación económica por hijo o menor acogido con discapacidad, es una asignación de las denominadas “Familiares”, dentro de nuestro sistema de Seguridad Social y como algunos autores han denominado son “el pariente pobre de la Seguridad Social”<sup>1</sup>, siendo el núcleo central de las prestaciones familiares de la Seguridad Social en la Unión Europea.

Todas las Declaraciones de Derechos, y las Constituciones de la mayoría, por no decir todos, los países de la Unión Europea, contienen normas para garantizar la protección a la familia, al ser un objetivo de los poderes públicos, que está siempre marcado por las distintas concepciones que se tengan de la misma y que se va modificando conforme evoluciona la sociedad.

La protección jurídico-constitucional de la familia se encuadra dentro del catálogo de los llamados derechos sociales y como tales su llegada a los textos constitucionales y a las declaraciones internacionales se produce en siglo XX.

En concreto, en nuestra historia constitucional el precedente, está en el artículo 43 de la Constitución republicana de 1931. La protección a la familia aparece regulada en las Constituciones europeas, por solo citar las mas cercanas: artículo 36 de la Constitución portuguesa de 1976; artículo 6 de la Ley Fundamental de Bonn de 1949; artículo 29 de la Constitución italiana de 1948 o los párrafos noveno y décimo del Preámbulo de la Constitución francesa de 1958. También en las Declaraciones Internacionales: artículo 24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 10.3 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y la Declaración de los derechos del Niño, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1959.

Los poderes públicos, ante la familia, pueden tomar dos posiciones: o bien llevar a cabo una política de intervención a favor de la familia; o por el contrario, estimar que la familia es un ámbito privado, donde debe evitarse todo tipo de intervención publica.<sup>2</sup>

En nuestro ordenamiento jurídico, la protección a la familia viene marcada por el artículo 39.1 de la Constitución, donde se sienta el fundamento jurídico de la protección familiar. Este artículo, impone a los poderes públicos “la protección social, económica y jurídica de la familia”; es decir, que dentro de las dos opciones señaladas en el anterior párrafo, nuestra Constitución, se decanta por una política a favor de la protección a la familia y en este deber que se impone a los poderes públicos, hay diferentes medidas, que pueden ser de distinta tipología (educación, vivienda, acceso a los servicios públicos, ventajas fiscales, ayudas al transporte entre otros), como se recoge en la Ley

<sup>1</sup> MONEREO PEREZ, J.L.: “Las prestaciones familiares, ese “pariente pobre” de la Seguridad Social”. Revista de Derecho de la Seguridad Social Laborum nº 6. [www.laborum.es](http://www.laborum.es)

<sup>2</sup> PANIZO ROBLES, J.A.: “Las prestaciones familiares en el ámbito de la Seguridad Social”. RMTAS, nº 29, pag.13.

40/2003, de 18 de Noviembre, de protección a familias numerosas, o en la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, sobre protección de personas con discapacidad.

Una de las cuestiones que puede suscitarse en este análisis, es que concepto de “familia” es el que se protege en el texto constitucional, ya que la misma no contiene de manera expresa que ha de entenderse por familia para su protección, ya que a efectos de previsión constitucional, es irrelevante, si la familia se ha constituido por el ejercicio del derecho del artículo 32 de la Constitución o por cualquier otro vínculo social. Lo que realmente identifica a la familia, es la existencia de vínculos paterno filiales, o al menos un núcleo de convivencia parental y en menor medida, el estado civil de los padres, la familia, se configura pues como “grupo”, es decir, como mínimo une o vincula a dos personas.<sup>3</sup>

Es un termino en constante evolución, donde cada vez hay mas modelos sociales, que ya han sobrepasado el modelo de familia “tradicional” con creces, y la formula establecida en la Constitución, comprende todo tipo de realidades sociales.<sup>4</sup>

Dentro de este elenco de medidas, se encuentran, las que son objeto de estudio, que son las de Seguridad Social.

Las prestaciones familiares varían de forma considerable en los países de la Unión Europea, siendo los países del sur de Europa, los que dedican menor gasto a las prestaciones familiares, y siendo los países del norte, sobre todo, Dinamarca, Finlandia y Suecia, los que mas.

## II. NATURALEZA Y REGIMEN JURIDICO

Las medidas de Seguridad Social que protegen a la familia, se recogen en la actualidad, en los artículos 235 a 237 (protección a la familia dentro del Título III) y 51 a 362 (prestaciones familiares no contributivas, dentro del Título VI ) de la Ley General de Seguridad Social. El artículo 42.1 (Acción protectora del sistema de la Seguridad Social) del RD Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social), establece que “La acción protectora del sistema de Seguridad Social comprenderá: (...)d) Las prestaciones familiares de la Seguridad Social, en sus modalidades contributiva y no contributiva”.

Hay otro tipo de medidas, también de tipo “familiar”, pero que atienden otro tipo de hecho, como pueden ser la maternidad o paternidad, el riesgo durante el embarazo o durante la lactancia, el cuidado por menores hospitalizados por enfermedad grave, y las de viudedad y orfandad, sin olvidar, las que protegen situaciones de dependencia y de conciliación de la vida familiar y laboral.

La regulación actual de las prestaciones familiares dentro, del sistema de Seguridad Social, se estableció por primera vez, en la Ley 26/1990, de 20 de diciembre, de prestaciones no contributivas, que modifico los artículos 167 y siguientes de la Ley de Seguridad Social de 1974, para reconocer una sola prestación económica por hijo menor de edad o minusvalido a cargo, y que contenía dos niveles: contributivo y no contributivo, y otra prestación, que si bien, no tenia un contenido económico, en sentido estricto, estaba incluida dentro del nivel contributivo, y era la consideración como periodo cotizado de un tiempo determinado del disfrute de excedencia por cuidado de hijos; regulación que se recogió en los mismos términos en los artículos 180 y siguientes del Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social de 1994 y se desarrollaron, por el RD 356/1991, de 15 de Marzo.

Después de la publicación de este texto legal, las prestaciones familiares de la seguridad social, han ido reformándose, para dar respuesta al mayor numero de situaciones protegidas (por ejemplo, los supuestos de parto múltiple o el nacimiento de tercer o sucesivos hijos), y se ha ido

<sup>3</sup> GORELLI HERNANDEZ,J. “Seguridad Social y protección familiar”. Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales nº 59, pag 38.

<sup>4</sup> La STC 47/1993, ya estableció que “La Constitución no protege solo a la familia que se constituye como matrimonio, sino también a la familia como realidad social entendida por tal la que se constituye voluntariamente mediante la unión de hecho, afectiva y estable de una pareja”



extendiendo su ámbito de aplicación subjetivo, sobre todo, para atender a nuevas realidades, cada vez mas frecuentes, como son los supuestos de adopción y acogimiento.

También se han ido regulando otros aspectos de las mismas, como es el RDL 1/2000 de 14 de Enero, que regula los niveles de protección en relación con la naturaleza y financiación de las prestaciones, sobre todo, no contributivas, introduciendo este RD medidas de mejora de la protección familiar; mas tarde, en la Ley 40/2003, de 18 de Noviembre de protección a las familias numerosas y posteriormente en la Ley 52/2003 de 10 de diciembre, de disposiciones específicas de Seguridad Social. Hay que tener también en cuenta la Ley 27/2011, de 1 de Agosto, que amplió el beneficio de “tiempo cotizado”, mediante la reforma del artículo 180.1 de la LGSS y el añadido de la DA 60ª a la LGSS.

El desarrollo reglamentario de los preceptos legales dedicados a las prestaciones familiares, se contiene en el RD 1335/2005, de 11 de noviembre. Por último, señalar que las normas de protección a la familia, incluidas en el Título II, son aplicables a todos los Regímenes del sistema de Seguridad Social.

### III. FINALIDAD

Las prestaciones familiares de la Seguridad Social, tienen por objeto, contribuir al sostenimiento de las cargas que se producen en el momento del nacimiento, la adopción o acogimiento de los hijos y el mantenimiento de los mismos, sobre todo, en los supuestos de familias numerosas o con alguna circunstancia añadida ( como puede ser una familia monoparental o la discapacidad del hijo o de la madre, etc.)<sup>5</sup>, es decir, situaciones generadas por necesidades de carácter familiar, y que intentan, en la medida de lo posible, paliar la necesidad de tener que dedicar una parte importante del tiempo en atender a un familiar, que conlleva siempre un incremento del gasto (que se produce sobre todo cuando nace, se adopta o se acoge a un niño) y que puede llevar aparejada una reducción de los ingresos, ya que, casi siempre, algún miembro de la unidad familiar ( en nuestro ámbito, la mujer, de forma casi exclusiva) suele cesar, en su relación de trabajo ( si bien, en la mayoría de los casos, de forma temporal) para ocuparse de las responsabilidades familiares.

No puede confundirse este tipo de prestaciones, con las que sustituyen el salario, como por ejemplo, la prestación por incapacidad temporal, ya que no es objeto de las mismas, aportar una renta de sustitución,<sup>6</sup> sino facilitar al cabeza de familia una compensación, ya que los salarios, no suelen contemplar la existencia de responsabilidades familiares ( a no ser las ayudas de “acción social” de algunas empresas o administraciones), ya que cuando se fija el salario, no se tiene en cuenta el tamaño de la familia que se debe mantener con aquel.<sup>7</sup> De esta forma las obligaciones de los responsables de la familia, se “socializan” y comparten por toda la sociedad.<sup>8</sup>

### IV. TIPOLOGIA

Aunque son prestaciones, esencialmente no contributivas, hay que distinguir dos grandes grupos: -Las contributivas, que consisten esencialmente en el computo de cotizaciones por el tiempo dedicado a la familia (art. 235 LGSS a 237 LGSS) y las -No contributivas, que tienen un contenido principalmente económico (arts. 351 y ss de la LGSS y 3 del RD 1335/2005, de 11 de noviembre).

<sup>5</sup> VALDEOLIVAS GARCIA, Y.: “Las prestaciones familiares, en AAVV, “Derecho de la Seguridad Social “, Tirant lo Blanch, Valencia 2002, pag 541Las prestaciones familiares tienen su origen y fundamento último en la atención a las necesidades que surgen del exceso de gastos que lleva aparejado el nacimiento y el cuidado de los hijos, susceptible además de ir acompañado del defecto de ingresos que idéntica situación puede provocar en los progenitores, como consecuencia de su propensión a abandonar por tal motivo, y aunque temporalmente, la actividad profesional; decisión esta que, como se sabe, afecta de manera casi exclusiva en nuestro contexto a las madres trabajadoras”

<sup>6</sup> PANIZO ROBLES, J.A.: “Las prestaciones familiares...”, *op cit.* Pag 14.

<sup>7</sup> OIT “Introducción a la Seguridad Social”. Ginebra 1984.Pag 107.

<sup>8</sup> MONEREO PEREZ, J.L.: “Las prestaciones familiares, ese “pariente pobre..”*op. cit.* Pag 17.

## 1. CONTRIBUTIVAS

Son prestaciones que se regulan en los artículos 235 a 237 LGSS, y que consisten en síntesis en la “ficción” de computar el tiempo de no trabajo como tiempo cotizado<sup>9</sup>, a efectos de prestaciones por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad, determinados periodos de tiempo por cuidado de hijo, de menor acogido o de otros familiares.

## 2. NO CONTRIBUTIVAS

Se regulan en los artículos 352 y ss de la LGSS y arts. 10 del RD 1335/2005, de 11 de noviembre y son las siguientes:

- 1) Asignación económica por hijo o menor a cargo, cualquiera que sea la naturaleza legal de la filiación, incluido el régimen de acogimiento familiar permanente o guarda con fines de adopción, siempre que se cumplan determinadas condiciones, que es la que se analizara en este estudio.<sup>10</sup>
- 2) Prestación económica de pago único a tanto alzado por nacimiento o adopción de hijo, en supuestos de familias numerosas, monoparentales y en los casos de madres con discapacidad.
- 3) Prestación económica de pago único por parto o adopción múltiples.

### A) Requisitos

Para acceder a las mismas, hay que cumplir una serie de requisitos, que son comunes para todas las expuestas:

- Si en el padre y la madre, concurren las circunstancias necesarias para tener la condición de beneficiarios, de las prestaciones reguladas en el presente capítulo, el derecho a percibir las, solo se puede reconocer en favor de uno de ellos, en el caso de *convivencia familiar* (art. 361.1 LGSS y art. 11.1 RD 1335/2005), determinándose de común acuerdo entre ellos (que se presume, cuando solo uno de ellos, solicite el subsidio).

Sino hay acuerdo, que deberá notificarse de forma expresa, habrá que estar a las reglas sobre patria potestad y guarda de menores, establecidos en los artículos 156 y siguientes del Código Civil. El INSS, dictara resolución, y previo reconocimiento de la prestación en su caso, decreta la suspensión del abono, hasta que recaiga resolución judicial al respecto.

<sup>9</sup> Art. 235 RD Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, dispone: Artículo 235. “Periodos de cotización asimilados por parto. A efectos de las pensiones contributivas de jubilación y de incapacidad permanente, se computarán a favor de la trabajadora solicitante de la pensión un total de ciento doce días completos de cotización por cada parto de un solo hijo y de catorce días más por cada hijo a partir del segundo, este incluido, si el parto fuera múltiple, salvo que, por ser trabajadora o funcionaria en el momento del parto, se hubiera cotizado durante la totalidad de las dieciséis semanas o durante el tiempo que corresponda si el parto fuese múltiple.”

Art. 236: “ Beneficios por cuidado de hijos o menores.

1. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior, se computará como periodo cotizado a todos los efectos, salvo para el cumplimiento del periodo mínimo de cotización exigido, aquel en el que se haya interrumpido la cotización a causa de la extinción de la relación laboral o de la finalización del cobro de prestaciones por desempleo cuando tales circunstancias se hayan producido entre los nueve meses anteriores al nacimiento, o los tres meses anteriores a la adopción o acogimiento permanente de un menor, y la finalización del sexto año posterior a dicha situación.

El periodo computable como cotizado será como máximo de doscientos setenta días por hijo o menor adoptado o acogido, sin que en ningún caso pueda ser superior a la interrupción real de la cotización.

Este beneficio solo se reconocerá a uno de los progenitores. En caso de controversia entre ellos se otorgará el derecho a la madre.

2. En cualquier caso, la aplicación de los beneficios establecidos en este artículo no podrá dar lugar a que el periodo de cuidado de hijo o menor, considerado como periodo cotizado, supere cinco años por beneficiario. Esta limitación se aplicará, de igual modo, cuando los mencionados beneficios concurren con los contemplados en el artículo 237.1.”

<sup>10</sup> La prestación económica por hijo a cargo, se establece en 1991, en la Ley 26/1990, de 20 de diciembre, que entro en vigor el 11 de Enero de 1991.

-Si *no existe convivencia familiar, en los supuestos de separación judicial, nulidad o divorcio, o ruptura de unidades de convivencia basadas en análoga relación de afectividad*, el derecho al subsidio corresponderá al padre o la madre por el hijo o hijos menores acogidos que tenga cada uno de ellos a su cargo, en la nueva situación familiar ( aunque se trate de persona distinta de la considerada beneficiaria antes de la separación o el divorcio), siempre que quien tenga los hijos o menores acogidos a su cargo no supere los límites de ingresos establecidos para ser beneficiario (art. 352.1.b) LGSS y 11.2 RD 1335/2005). Cuando concurren en ambos progenitores, adoptantes, o acogedores las circunstancias para ser beneficiarios, la prestación solo se reconocerá a uno de ellos que se determinara de común acuerdo, presumiéndose que existe acuerdo cuando la asignación se solicite por uno de los dos. A falta de acuerdo y de previsión judicial expresa, sera beneficiario quien obtenga la custodia del hijo o menor; si esta es compartida la prestación se reconocerá, previa solicitud, a cada uno de ellos, en proporción al tiempo en que haya sido reconocida la custodia.

- Las prestaciones son incompatibles con la percepción por el padre o la madre, de cualquier otra prestación análoga establecida en los restantes regímenes públicos de protección social (art. 361.2 LGSS). Hay que tener presente que se recogen prestaciones económicas por hijo a cargo en los Regímenes Especiales de Funcionarios Públicos, también en beneficio de los pensionistas de Clases Pasivas del Estado.

-Cuando uno de los padres este incluido, en razón de la actividad desempeñada o por su condición de pensionista en un régimen publico de Seguridad Social, la prestación sera reconocida por dicho régimen (art. 189.2 LGSS).

-A estas prestaciones se le aplica el criterio de revalorización establecido en el artículo 58 de la LGSS.

-Para todas estas prestaciones, se exige la residencia legal en territorio español (arts 352.1a), 357.3 y 359 LGSS).<sup>11</sup>

-En alguna de las prestaciones, se exige límite de ingresos.<sup>12</sup>

-Estos mecanismos de protección a la familia, están exentas de tributación por el Impuesto de la Renta de las Personas Físicas (art. 7.h LIRPF/2006).

## V. PRESTACION ECONOMICA POR HIJO O MENOR ACOGIDO A CARGO

### 1. CONTENIDO Y REQUISITOS

La prestación económica por hijo o menor a cargo, esta destinada a quienes tienen a su cargo un menor de dieciocho años o mayor de dicha edad y que este afectado por una discapacidad en un grado igual o superior al 65 por ciento, cualquiera que sea la naturaleza legal de la filiación, incluidas las situaciones de acogimiento permanente o guarda legal con fines de adopción (art. 351 LGSS y art. 3 RD 1335/2005, de 11 de noviembre).

El beneficiario es la persona que tiene al hijo o menor a su cargo y el causante es el hijo o menor a cargo que puede generar dicho derecho es el causante.

Los requisitos son los siguientes:

<sup>11</sup> Para cumplir con este requisito, el Ministerio del Interior, tiene que facilitar a las entidades gestoras de la Seguridad Social, a través de medios informáticos, las fechas de vencimiento de los permisos de residencia sus altas variaciones o bajas o los cambios de situación y sus efectos, así como los movimientos fronterizos de las personas que tengan derecho a la percepción de alguna de estas prestaciones (art. 71.1.e) de la LGSS).

<sup>12</sup> En relación con este requisito, los organismos competentes del Ministerio de Economía y Hacienda, o en su caso de las Comunidades Autónomas, o Diputaciones Forales, están obligados a facilitar a la Entidad Gestora la información que esta solicite, sobre datos relativos a los niveles de renta, y demás ingresos de los titulares o familiares cuando deben tenerse en cuenta para el reconocimiento, mantenimiento o cuantía de las prestaciones. Igual obligación de información se establece para el Ministerio de Justicia acerca de las inscripciones y otros datos que tengan que ver con el derecho a las p prestaciones, y para el empresario respecto de los datos que las entidades gestoras les soliciten para poder efectuar las comunicaciones a través de sistemas informáticos, electrónicos y/o telemáticos (art. 71.1a) LGSS).

- 1.- Que residan legalmente en España. Esta condición se cumple en supuestos de traslado de trabajadores al extranjero, siempre que se encuentren en situación asimilada al alta y coticen a la Seguridad Social española. Las ausencias del territorio español inferiores a 90 días a lo largo del año natural, o las motivadas por enfermedad debidamente justificada, no interrumpen este requisito.
- 2.- Que tengan hijos a su cargo, con independencia de su filiación, o acogidos, en acogimiento familiar, permanente o de guarda con fines adoptivos, menores de 18 años, si bien en el caso de los hijos también cabe que sean mayores de edad si están afectados por una discapacidad de al menos el 65 %. En todo caso han de residir en España. (art. 3a) del RD 135/2005).
- 3.- Que tengan unos ingresos anuales que no superen la cuantía establecida legalmente.
- 4.- Que no tengan derecho, ni el padre, ni la madre, a prestaciones de la misma naturaleza en cualquier otro régimen publico de protección social.

## 2. HIJOS O MENORES ACOGIDOS CAUSANTES DE LA PRESTACIÓN

Se considera hijo o menor acogido a cargo el que viva con el beneficiario y a sus expensas (art. 9 RD 1335/2005).

La separación transitoria, por estudios, trabajo, tratamiento medico, rehabilitación o causas similares no rompe la convivencia entre padres e hijos.

La condición de hijo o menor acogido a cargo no se pierde por la realización de un trabajo lucrativo, por cuenta propia o ajena, siempre que los ingresos percibidos no superen el 100 % del salario mínimo interprofesional, en computo anual, y que continúe la convivencia con el beneficiario (art. 351a) LGSS, modificado por Ley 40/2007 y art. 9.3 RD 1335/2005).

No se considera que el hijo o menor acogido esta a cargo del beneficiario cuando aquel perciba una pensión contributiva, a cargo de un régimen publico de protección social, distinta de la pensión de orfandad o de la pensión a favor de familiares de nietos y hermanos (art. 9.4 RD 1335/2005). No se desvirtúa la consideración de sujeto causante el hecho de ser perceptor de pensiones no contributivas, aunque la percepción de las asignaciones económicas sera incompatible con la condición, por parte del hijo, de pensionista de invalidez o jubilación en la modalidad no contributiva, así como de beneficiario de las pensiones asistenciales reconocidas en virtud de la Ley 45/1960, de 21 de julio, o de los subsidios de garantía de ingresos mínimos y de ayuda a tercera persona, a los que se refiere la DT única del RD Leg 1/2013, de 29 de noviembre. En estos casos, se tiene que optar por una de esas prestaciones (art. 30.4 RD 1335/2005), previo acuerdo de las partes afectadas; a falta de acuerdo, prevalecerá el derecho a la pensión de invalidez o jubilación en la modalidad no contributiva, o en su caso, la pensión regulada en la Ley 45/1960, de 21 de julio o los subsidios de garantía de ingresos mínimos y ayuda por tercera persona establecidos en el RD Leg 1/2013.

## 3. LIMITE DE INGRESOS

Para tener derecho a las asignaciones por hijo o acogido a cargo se establece un límite máximo de ingresos, que se fija mediante una cantidad básica que se incrementa en un 15 por 100 por cada hijo o acogido a cargo a partir del segundo (éste incluido), que aumenta en los supuestos de familia numerosa y que se actualiza anualmente en la Ley de Presupuestos Generales del Estado y en las normas reglamentarias de desarrollo, respecto de la cuantía establecida en el ejercicio anterior. El incremento debe alcanzar al menos el mismo porcentaje que en esas normas se establezca como incremento general de las pensiones contributivas de la Seguridad Social (art. 352 c) LGSS).

Con carácter general, el límite de ingresos se ha fijado para el ejercicio 2018 en 11.605,77 euros anuales y si se trata de familias numerosas, en 17.647,40 euros, incrementándose en 2.829,24

euros por cada hijo a cargo a partir del cuarto, este incluido (Anexo I.II RD 1079/2017, de 29 de diciembre) (art. 352.1 c) LGSS y DA 46ª ley 6/2018).

*El concepto de familia numerosa*, se recoge en el art. 2 de la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, modificado por DF Ley 26/2015, de 28 de julio. Según este precepto se entiende por familia numerosa la integrada por uno o dos ascendientes con tres o más hijos, sean o no comunes, y se equiparan a familia numerosa las constituidas: a) por uno o dos ascendientes con dos hijos, sean o no comunes, siempre que al menos uno de éstos sea discapacitado o esté incapacitado para trabajar, b) por dos ascendientes, cuando ambos fueran discapacitados, o, al menos, uno de ellos tuviera un grado de discapacidad igual o superior al 65 %, o estuvieran incapacitados para trabajar, con dos hijos, sean o no comunes, c) el padre o madre separados o divorciados con tres o más hijos, sean o no comunes, aunque estén en distintas unidades familiares, siempre que se encuentren bajo su dependencia económica, aunque no vivan en el domicilio conyugal, d) el padre o madre con dos hijos, cuando haya fallecido el otro progenitor. Estos efectos tienen la consideración de hijos las personas sometidas a tutela o acogimiento familiar permanente o preadoptivo legalmente constituido, así como los menores que habiendo estado en alguna de estas situaciones alcancen la mayoría de edad y permanezcan en la unidad familiar.

En el supuesto de convivencia del padre y de la madre, si la suma de los ingresos de ambos superase los límites de ingresos establecidos en los párrafos anteriores, no se reconocerá la condición de beneficiario a ninguno de ellos. Igual regla se aplicará en los supuestos en que el acogimiento familiar permanente o la guarda con fines de adopción, se haya constituido por dos personas que formen una misma unidad familiar.

No obstante, también podrán ser beneficiarios de las asignaciones económicas por hijo o menor a cargo, quienes perciban ingresos anuales por cualquier naturaleza que superen la cifra indicada en los párrafos anteriores pero sean inferiores a la cuantía que resulte de sumar a dicha cifra el producto de multiplicar el importe anual de la asignación por hijo o menor por el número de hijos o menores a cargo de los beneficiarios.

En tales casos, la cuantía anual de la asignación será igual a la diferencia entre los ingresos percibidos por el beneficiario y la cifra resultante de aplicar lo dispuesto en el párrafo anterior. Dicha cuantía será distribuida entre los hijos o menores a cargo del beneficiario y las mensualidades a que, dentro de cada ejercicio económico, se tenga derecho a la asignación. No se reconocerá la asignación económica por hijo o menor a cargo cuando la diferencia a que se refiere el párrafo anterior sea inferior al importe mensual de la asignación, por cada hijo o menor a cargo sin discapacidad, establecida en el art. 353.1 LGSS.

Para fijar el límite de ingresos, hay que tener en cuenta cuales son los *ingresos o rentas computables*. Se consideran ingresos o rentas computables todos los bienes y derechos, derivados del trabajo, del capital, e incluso los de naturaleza prestacional. Para determinar los ingresos computables se aplican las siguientes reglas (art. 14 RD 1335/2005).

– Los bienes inmuebles se valoran según su rendimiento efectivo, y en caso de no existir, de acuerdo con las normas del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

– Los ingresos tenidos en cuenta, son los ingresos brutos (STS 18-02-94 (RJ 1994, 2480), excepto los procedentes de actividades económicas por cuenta propia que computan en su valor neto al que se añade el importe de las cotizaciones sociales.

– Si se trata de rendimientos de capital mobiliario, sólo computan los intereses o rendimientos similares, pero no el capital en sí mismo.

– No computan las rentas exentas, contenidas en el art 7a),b),c),d),e),h),i),j),n),o),q),r),s) y t) de LIRPF/2006, a las que se remite expresamente el art 14.2) del RD 1335/2005, ni las prestaciones familiares recogidas en el apartado h) del artículo anterior, ni el complemento por tercera persona en el supuesto de prestaciones de gran invalidez.

Es criterio del INSS que la remisión que efectúa este artículo a la LIRPF, no lo hace a la totalidad del art 7, sino única y exclusivamente a unos apartados concretos, por lo tanto, no cabe

entender comprendidos los apartados x,y,z y del art.7 de la LIRPF, incorporados con posterioridad a la entrada en vigor del RD 1335/2005. Este criterio es asimismo aplicable a la prestación por nacimiento o adopción, en supuestos de familia numerosa, monoparental y madre con discapacidad.

En los supuestos de convivencia del causante con un solo progenitor, por fallecimiento de uno de ellos, o de separación judicial, nulidad o divorcio, sólo se computan los ingresos de la persona a cuyo cargo se encuentre el menor, por lo que no se tienen en cuenta los ingresos de los hijos a cargo que perciba el beneficiario como representante legal de éstos y que provengan de las pensiones de orfandad y a favor de familiares (Art. 14.6 RD 1335/2005).

#### 4. HIJO CAUSANTE Y BENEFICIARIO DE LA PRESTACIÓN

También pueden ser beneficiarios de la prestación, el propio hijo o menor discapacitado, respecto de la prestación que le hubiere correspondido a sus padres por su causa (art. 352.2 LGSS y arts. 10.2,103 y11.3 RD 1335/2005), en lo siguientes supuestos:

-Cuando sea huérfano de ambos progenitores o adoptantes o haya sido abandonado, siempre que no se encuentre en régimen de acogimiento familiar permanente o guarda con fines de adopción, en cuyo caso, la asignación económica se hará efectiva a sus representantes legales o a quienes le tengan a su cargo, en tanto cumplan la obligación de mantenerlos y educarlos.

-Cuando se trate de discapacitados mayores de edad que no hayan sido incapacitados judicialmente y conserven su capacidad de obrar. La discapacidad ha de ser igual o superior al 65 %, y no rige, en este caso el límite de recursos económicos, a efectos del reconocimiento de la condición de beneficiario (STS 23-11-2016 (RJ 2016,6090), tampoco es necesario, que el reconocimiento de la minusvalía del huérfano absoluto se haya producido antes del fallecimiento del último de los progenitores (SSTS 04-10-06 RJ 2006,816 y 24-07-07 RJ 2008,104).

-Cuando se trate de menores no discapacitados, será requisito indispensable que sus ingresos anuales, incluida, en su caso, la pensión de orfandad, no superen el límite de ingresos establecido legalmente con carácter general.

En estos casos, cambia el beneficiario pero no la prestación, que es la misma, razón por la cual no es posible trasladar las reglas específicas de las prestaciones por muerte y supervivencia y por la que les resulta de aplicación el régimen general de prescripción del artículo 53.1 de la LGSS, sin que pueda acudirse a la regla de la imprescriptibilidad del art. 230 LGSS (STS 15-03-04 (RJ 2004,2042)).

#### 5. GESTIÓN DE LAS PRESTACIONES

La gestión y el reconocimiento de la asignación por hijo acogido o a cargo, corresponde al INSS (art. 27 RD 1335/2005).

El procedimiento para obtener el reconocimiento del derecho se inicia mediante la presentación de la correspondiente solicitud ante el INSS. También puede iniciarse mediante la aportación por parte del interesado de la solicitud de reconocimiento de grado de minusvalía; en este caso se suspenderá el procedimiento hasta que se incorpore al expediente la resolución de la declaración de minusvalía. La solicitud ha de formularse cumplimentando el modelo oficial establecido. Junto con la solicitud se han de aportar los documentos necesarios para acreditar las circunstancias determinantes del derecho. Sin embargo, no será exigible la acreditación de hechos o datos que la Administración de la Seguridad Social deba conocer por sí misma, como la situación del beneficiario respecto de la Seguridad Social, la percepción, por parte del padre o de la madre, de otra prestación económica de protección familiar, o la percepción, por parte del hijo o acogido a cargo, de pensiones y subsidios, así como sus cuantías (art. 28 RD 1335/2005).

Junto con la solicitud se deben adjuntar los siguientes documentos, a fin de acreditar los datos y circunstancias que determinan el derecho:

- 1) Documento nacional de identidad del padre y de la madre o persona titular del acogimiento, o tarjeta de residencia, si se trata de extranjeros.
- 2) Tarjeta de identificación fiscal.
- 3) Libro de familia actualizado o certificado en extracto de las partidas de nacimiento de los hijos expedido por el Registro Civil correspondiente, o tarjeta no laboral de los hijos a cargo del extranjero residente en España.
- 4) Declaración del impuesto sobre la renta de las personas físicas del último ejercicio (excepto para hijos a cargo minusválidos), o declaración personal de no tener obligación de presentarla.
- 5) El requisito de la residencia se acreditará mediante certificación de inscripción en el padrón municipal, a través de la tarjeta de residencia o certificado de residencia (si se trata de nacionales de países miembros de la UE o del Espacio Económico Europeo), o mediante la autorización de residencia o la tarjeta de identidad de extranjero.

Existen, además, otros documentos que resulta necesario aportar para acreditar determinadas situaciones específicas.

– Para acreditar la condición de huérfano absoluto es necesario aportar las actas de defunción de los padres (salvo que consten en el Libro de Familia, o el interesado sea perceptor de la pensión de orfandad).

– La acreditación de las situaciones de separación judicial o divorcio requiere la aportación del testimonio de la sentencia firme que declare tal situación, si es que en ella se asigna la custodia de los hijos, o bien testimonio del convenio regulador, si es en dicho documento donde consta la asignación de guarda y custodia. Si aun no existe sentencia, debe presentarse testimonio de la aprobación de las medidas provisionales en las que se atribuya la guarda y custodia. Si la separación es meramente de hecho, es suficiente cualquier documento que acredite tal circunstancia.

– La condición de discapacidad del causante debe igualmente acreditarse, aportando para ello la copia del título de minusvalía, expedido por el IMSERSO o por el órgano autonómico al que se haya transferido la gestión de los servicios sociales.

– En el supuesto de tutela, guarda, curatela o acogimiento de menores: Resolución judicial mediante la que se constituya la tutela o documento expedido por la Entidad pública que tiene atribuida la protección de menores o incapacitados, que acredite el acogimiento del menor o el auto judicial encomendando la guarda y custodia.

– En el supuesto de que concurren tal circunstancia el «título de familia numerosa».

## 6. OBLIGACIONES INFORMATIVAS

Los beneficiarios de la prestación por hijo o acogido a cargo, tienen la obligación de comunicar al INSS las variaciones que se produzcan en su situación familiar y los cambios de residencia en el plazo de 30 días desde que se produzcan si dichos cambios pueden suponer la modificación o la extinción del derecho, si bien, en ningún caso será necesario acreditar documentalmente aquellos hechos o circunstancias, tales como el importe de las pensiones y subsidios, que la Administración de la Seguridad Social deba conocer por sí directamente; asimismo, todo beneficiario está obligado a presentar, dentro del primer trimestre de cada año, una declaración expresiva de los ingresos habidos durante el año anterior (art. 355.1 LGSS y art.16 RD 1335/2005). También están obligados a presentar, dentro del primer trimestre de cada año, declaración anual sobre los ingresos habidos durante el ejercicio anterior (art 355.1 LGSS y 16 RD 1335/2005)

Las variaciones que se produzcan surtirán efecto en las siguientes condiciones (art. 355.2 LGSS):

- en caso de nacimiento del derecho, a partir del día primero del trimestre natural inmediatamente siguiente a la fecha en que se haya solicitado el reconocimiento del mismo.
- en caso de extinción del derecho, a partir del último día del trimestre natural dentro del cual se haya producido la variación de que se trate.

El grado de discapacidad reconocido podrá ser revisado por los equipos de valoración y orientación dependientes del IMSERSO o, en su caso por los órganos correspondientes de las comunidades autónomas a las que se hubieren transferido las competencias según el baremo vigente en cada momento (art. 15 RD 1335/2005).

El incumplimiento de la obligación de notificar las variaciones, cuando éstas ocasionen una disminución o la supresión de la prestación, constituye una infracción administrativa y las cantidades que se hubieren abonado de más tienen la consideración de prestaciones indebidamente percibidas desde el día siguiente a aquel en que se hubieran debido producir los efectos económicos de la variación.

## VI. ASIGNACION ECONOMICA POR HIJO MENOR O ACOGIDO A CARGO CON DISCAPACIDAD

Los requisitos expresados en los anteriores ordinales, son de carácter común para las asignaciones económicas por hijo menor o acogido a cargo, sin embargo, en el caso que el hijo, tenga discapacidad, existen algunas peculiaridades, que van a ser objeto de sistematización

### 1. CONCEPTO Y REQUISITOS DE DISCAPACIDAD

La integración social y la tutela de las personas discapacitadas, es tratada en numerosas normas tanto nacionales como internacionales. En nuestro ordenamiento jurídico interno la primera norma, esta en el artículo 49 de la CE; que impone a los poderes públicos la obligación de elaborar y llevar a efecto una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, prestándoles la atención especializada que requieran y amparándoles especialmente para el disfrute de los derechos que el Título I de nuestra Carta Magna reconoce a todos los ciudadanos.

Pero ¿que o quien es “discapacitado”? Se utilizan siempre distintos términos para referirse a este tipo de personas y así se han barajado diferentes expresiones. Discapacitados, minusválidos, inválidos, etc.

En nuestro ordenamiento jurídico, este *concepto* ha variado según la norma y ha ido evolucionando a lo largo del tiempo<sup>13</sup>

En la normativa nacional el concepto barajado y su alcance han variado en función de la finalidad de la norma y de la fecha de su aprobación.

En la actualidad, el RD Leg. 1/2013, ofrece una definición de discapacidad, en su artículo 2, y así lo define como aquella “situación que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias previsiblemente permanentes y cualquier tipo de barreras que limiten o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones que los demás.”, siendo en consecuencia las personas con discapacidad “aquellas (personas) que presentan deficiencias

<sup>13</sup> La DA 8 de la Ley 39/2006, equiparó los conceptos de minusválido y el de persona con discapacidad al disponer «las referencias que en los textos normativos se efectúen a minusválidos y a personas con minusvalía, se entenderán realizadas a personas con discapacidad» siguiendo así el concepto acogido en la Clasificación Internacional del Funcionamiento, de la discapacidad y de la Salud (CIF-2001), Según la CIF el concepto de discapacidad se refiere a los aspectos negativos de la interacción entre un individuo con una determinada «condición de salud» y sus factores contextuales (ambientales y personales). Esta nueva terminología se incorporó al RD 1971/1999, de 23 diciembre (RCL 2000, 222), a través del RD 1856/2009, de 4 diciembre (RCL 2009, 2586), por el que se procede a la actualización terminológica y conceptual de las referencias contenidos en el mismo, acomodándolas a la de la CIF.



físicas, mentales, previsiblemente permanentes que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones que los demás”. Además tienen esta consideración «a quienes se les haya reconocido un grado de discapacidad igual o superior al 33 %». Considerándose que tienen reconocido automáticamente este grado de discapacidad, los pensionistas de incapacidad permanente total, absoluta o gran invalidez de la Seguridad Social, así como los pensionistas de Clases Pasivas que tengan reconocida una pensión de jubilación o de retiro por incapacidad permanente para el servicio o inutilidad. Ahora bien, el reconocimiento de esta condición no comporta que tales pensionistas tengan derecho a todas las ventajas o beneficios a los que pueden acceder las personas con discapacidad. En este caso las normas que regulen los beneficios o medidas de acción positiva podrán determinar los derechos específicos exigibles para acceder a los mismos (art 7.1 y 2 RDLeg 1/2013).

La *valoración* de la discapacidad se realiza aplicando los criterios técnicos que se establecen en el Baremo del RD 1971/99, de 23 de diciembre y el procedimiento para la declaración y calificación del grado de minusvalía, fue modificado por RD 1856/2009 de 4 de diciembre y completado por la Orden de 2-11-00.

La determinación del grado de discapacidad se realiza valorando tanto las discapacidades o limitaciones funcionales que padece el sujeto como los factores sociales complementarios «relativos, entre otros factores, a entorno familiar, situación laboral y profesional, niveles educativos y culturales, así como a otras situaciones del entorno habitual de la persona con discapacidad», según dispone el artículo 5.2, a efectos de averiguar el impacto real de la discapacidad en la integración social completa del sujeto. La valoración de la discapacidad se traduce en la asignación de un porcentaje mientras que los factores sociales se reflejan en un sistema de puntuaciones, de modo tal que el grado de discapacidad resulta de la suma de la valoración de la discapacidad con la puntuación obtenida en función de los factores sociales complementarios, suma que sólo acontecerá si la discapacidad alcanza al menos el 25 %, sin que puedan los factores sociales superar en ningún caso los 15 puntos.

## 2. RECONOCIMIENTO Y PROCEDIMIENTO

El *reconocimiento* del grado de discapacidad corresponde, en el ámbito de la Administración del Estado (actualmente con atribuciones respecto a Ceuta y Melilla) al Instituto de Mayores y Servicios Sociales (IMSERSO) y, en el ámbito de las Comunidades Autónomas, a los órganos que hayan asumido la competencia para su reconocimiento.

El *procedimiento se inicia* a instancia de la persona interesada mediante la presentación de la solicitud en modelo oficial ante el órgano administrativo correspondiente de la Comunidad Autónoma de residencia o ante la Dirección Territorial del IMSERSO de Ceuta y Melilla.

## 3. PECULIARIDADES DE LA ASIGNACIÓN ECONÓMICA

Como ya se indico anteriormente, en el caso de personas discapacidad, esta asignación económica por hijo menor acogido o a cargo, tiene unas características o requisitos especiales, si bien comparte la mayoría de requisitos condiciones con la ayuda por los hijos que no sufren ningún tipo de discapacidad.

Así tenemos, las siguientes especialidades:

- La prestación económica por hijo a cargo dentro del Régimen de Seguridad Social, se percibe, cuando el hijo es menor de 18 años, si bien si es mayor de dicha edad y esta afectado por una discapacidad de al menos el 65 se puede percibir la prestación.
- En los supuestos de hijos o menores a cargo con discapacidad, no se exigirá límite de recursos económicos a efectos del reconocimiento de la condición de beneficiario (art. 352.3 LGSS). Este precepto es también aplicable al beneficiario cuando es al

mismo tiempo causante de la prestación es decir en supuestos de huérfanos absolutos, mayores de 18 años con un grado de discapacidad superior al 65 %, ya que, atendiendo a la finalidad de la prestación, debe prevalecer sobre lo que con carácter general dispone el art 351 a) LGSS, cuando exige un límite de rentas al causante beneficiario de la prestación, lo que aquí no acontece (STS 23-11-16(RJ 2016/6090).

- Cuantía económica de la asignación: La prestación se reconoce, con independencia del nivel de ingresos, y tiene para el año 2018, los siguientes importes (art. 353.2 y Anexo I del RD 1079/2017, de 29 de diciembre):
- Por cada hijo o menor acogido a cargo, menor de 18 años y afectado de un grado de discapacidad igual o superior al 33 por 100, se establece una prestación económica de 1.000 euros anuales.
- La prestación por hijo a cargo mayor de 18 años afectado por una discapacidad en grado igual o superior al 65 por 100, es de 4.438,80 euros anuales.
- Si el hijo a cargo mayor de 18 años esta afectado de un grado de minusvalía de al menos el 75 por 100, y como consecuencia de perdidas anatómicas o funcionales, necesita del auxilio de otra persona para realizar los actos mas esenciales de la vida, como comer, vestirse, desplazarse o análogos, la prestación es de 6.658,80 euros.
- La prestación económica por hijo o acogido a cargo mayor de edad afectado de discapacidad en grado igual o superior al 65 % es incompatible con la condición por parte del discapacitado, de pensionista de invalidez o jubilación no contributiva si la pensión es contributiva, se entiende que el hijo no esta a cargo, por lo que no se le reconoce esta prestación..

Cuando se produce esta concurrencia, se debe de optar por una de las prestaciones. La opción se hace de común acuerdo y a falta del mismo, prevaleciendo el derecho a la pensión de jubilación o invalidez no contributivas, o en su caso a la pensión asistencial (art. 30.4 RD 1335/2005).

## VII. CONCLUSIÓN

Las prestaciones por hijo a menor o acogido con discapacidad., tienen una escasa relevancia económica, que apenas tiene repercusión en la economía familiar. Si ya de por sí, y como se expuso al principio la prestación analizada tiene como objetivo paliar la incidencia que produce en la economía el nacimiento y crianza de un menor, cuanto mas, cuando el hijo, sufre algún tipo de discapacidad, ya sea física o psíquica.

El impacto de la llegada de un menor a la familia, con un grado de minusvalía, no se ve, desde luego, paliado por este tipo de ayuda económica, que sino va unido de otras ayudas asistenciales o educativas, suponen un gran desembolso para las familias, que tienen en estos casos necesidades especiales y diversas, y que solo son atendidas en el caso de de una minusvalía de cierta entidad (grado igual o superior al 65 %), sin olvidar los problemas de conciliación que puede causar el nacimiento, acogimiento o adopción de un menor, que padece un grado de minusvalía, por pequeño que este sea.

Sería necesario, aumentar la ayuda económica a estas familias, para que de algún modo, la vida diaria de los minusvalidos y sus familias, fuera, en la medida de lo posible mas fácil.

# CAPÍTULO XXIV. LA SINGULAR APLICACIÓN DEL COMPLEMENTO POR MATERNIDAD A LA PENSIÓN DE VIUDEDAD DESDE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO

SALVADOR PERÁN QUESADA

*Profesor Ayudante Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Coordinador del Observatorio Jurídico Laboral de la Violencia de Género  
Universidad de Málaga*

## I. COMPLEMENTO POR MATERNIDAD, CONTRIBUCIÓN DEMOGRÁFICA E IGUALDAD EFECTIVA ENTRE MUJERES Y HOMBRES EN RELACIÓN CON LA PENSIÓN DE VIUDEDAD. CONSIDERACIONES GENERALES

El complemento por maternidad está dirigido a mejorar las pensiones de carácter contributivo - sean por jubilación, incapacidad permanente o viudedad -, de aquellas mujeres que hayan contribuido a la “sostenibilidad” del sistema de pensiones por una doble vía, a través de la maternidad -sea esta biológica o por adopción - con al menos dos hijos y a través de sus propias cotizaciones sociales derivadas de su actividad laboral o profesional – o en el caso de la pensión de viudedad a través de las cotizaciones de su cónyuge -. Si bien el propio precepto incorpora una justificación para dicha medida, “la contribución demográfica”, su naturaleza jurídica de acción positiva, dirigida exclusivamente a la mujer nos obliga a incorporar la perspectiva de género en su análisis.

Dos ideas fuerza se van a hacer presentes en este complemento, en primer lugar, la sostenibilidad del sistema de Seguridad Social por la vía de la mejora demográfica, y, en segundo lugar, compensar las especiales dificultades que la maternidad ocasiona en las carreras profesionales de las mujeres y por tanto en el acceso a las prestaciones sociales. En relación con la primera idea, el legislador va a incorporar un nuevo elemento jurídico para la valoración de las pensiones contributivas como es el de la “contribución demográfica”. Ciertamente las actuales tasas de natalidad representan un factor de riesgo privilegiado para la sostenibilidad del sistema de pensiones, y, por tanto, encarna una justificación suficiente para la adopción de esta y otras medidas - quizás de mayor efectividad como mejorar el sistema público de guarderías o favorecer la conciliación familiar desde la óptica de la corresponsabilidad - dirigidas a fomentar o favorecer el nacimiento de hijos. En relación con la segunda idea, dicha contribución demográfica va a quedar vinculada necesariamente a las circunstancias de discriminación históricas que las mujeres muestran en el acceso a las prestaciones de Seguridad Social, dado su marco subjetivo limitador.

Esta medida fue reflejo de una propuesta del Pacto de Toledo<sup>1</sup> por la cual se pretendía incorporar la dimensión de género en el sistema de pensiones. De este modo, *no es el hecho del parto en sí mismo*, esto es, no es la contribución en sí mismo a la natalidad lo que motiva o justifica este complemento, *sino la necesidad de paliar las consecuencias negativas que las mujeres experimentan en su vida*

---

<sup>1</sup> Recomendación XVII del informe del Pacto de Toledo de 2011, asumido por el Plan Integral de Apoyo a la Familia 2015-17, e incorporado en el artículo 60 LGSS a través de la D.F. 2ª Ley 48/2015, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2016.

*labora*<sup>2</sup>, con el correspondiente reflejo en las prestaciones de la Seguridad Social, a causa de tener hijos biológicos o adoptados, circunstancia que, por otro lado, no deja de significar una aportación demográfica necesaria para el futuro sostenimiento del sistema de Seguridad Social cuya financiación está basada en el reparto. En este sentido, el INSS va a exigir, en los casos de hijos biológicos dados en adopción, *la filiación* para el reconocimiento de este complemento<sup>3</sup>, ya que bajo su juicio, *la aportación demográfica en sentido estricto se realiza por la madre biológica, por lo que tomando sólo en consideración este criterio no se justificaría la inclusión de la madre adoptiva como beneficiaria del complemento*, de este modo incorpora la perspectiva de género para reconocer a la madre adoptiva el complemento dado que *en último término, la norma persigue la igualdad material entre mujeres y hombres con el objeto de evitar los efectos perjudiciales que en el mundo laboral sufren las primeras con motivo de asumir una mayor dedicación en el cuidado y educación de los hijos (brecha salarial, "techo de cristal", mayor parcialidad en el empleo, mayores períodos de interrupción de la vida laboral por cuidados de hijos, etc)*<sup>4</sup>.

Este complemento va a venir a mejorar diferentes pensiones con dinámicas muy distintas, lo que implica que sus efectos y caracteres diferirán notablemente entre su aplicación a la pensión de viudedad y su aplicación a las pensiones contributivas de jubilación e incapacidad permanente, justificando su análisis singularizado. Ciertamente, el hecho de que la pensión de viudedad sea una prestación radicalmente feminizada (el 92,3% de sus beneficiarios son mujeres), y que la mujer muestre una especial dificultad para el disfrute de la pensión contributiva de jubilación (apenas un 37,5% de beneficiarios son mujeres, que cobran una pensión media de 781,10 euros, por los 1.232,83 euros que perciben de media los varones)<sup>5</sup> hace especialmente relevante observar su aplicación y efectos de modo específico a la pensión de viudedad<sup>6</sup>. Al ser una prestación de naturaleza derivada en la que se protege el lucro cesante por el fallecimiento del cónyuge, se desconecta su ámbito de protección de la laboralidad de la beneficiaria a la que se le aplica el complemento -aunque no lo impide-, lo que implica que su carácter contributivo<sup>7</sup> juega un papel diferenciado respecto a los demás supuestos.

Adicionalmente, la incorporación de la perspectiva de género nos va a permitir un doble análisis, en primer lugar, de su configuración jurídica, y, en segundo lugar, de su naturaleza jurídica de acción positiva. Diferentes elementos van a venir a limitar su alcance y eficacia, llegando a desnaturalizar los rasgos definitorios sobre los que el legislador planteó esta figura.

## II. LIMITACIONES SIGNIFICATIVAS EN EL ÁMBITO APLICATIVO DEL COMPLEMENTO POR MATERNIDAD

### 1. POR SU EXCLUSIVO CARÁCTER CONTRIBUTIVO

El complemento por maternidad tiene a todos los efectos naturaleza jurídica de pensión pública contributiva<sup>8</sup>, siendo su metodología sencilla. La pensión sobre la que se aplique se verá

<sup>2</sup> Criterio de gestión del INSS 24/2017 de 30 de octubre.

<sup>3</sup> Y que el *neonato* adquiriera personalidad civil. En consecuencia, a efectos del reconocimiento de dicho complemento es necesario que el hijo nacido haya adquirido personalidad civil de conformidad con lo establecido en el Código Civil. Criterio de gestión del INSS 24/2017 de 30 de octubre.

<sup>4</sup> Criterio de gestión del INSS 1/2018 de 1 de febrero.

<sup>5</sup> INSS (2018) *Anuario estadístico 2017*.

<sup>6</sup> Téngase en cuenta que en caso de concurrencia entre la pensión de jubilación y la de viudedad, este complemento se aplicará a la pensión de jubilación.

<sup>7</sup> Concretado en la necesidad de que el cónyuge haya completado un período de cotización de quinientos días, dentro de los cinco años inmediatamente anteriores a la fecha del hecho causante de la pensión, salvo que la causa de la muerte fuera un accidente, sea o no de trabajo, o una enfermedad profesional, para lo que no se exigirá ningún período previo de cotización.

<sup>8</sup> Comparte aquellos períodos de cotización asimilados al parto que su reconocimiento se obtendrá de modo independientemente del lugar donde se haya producido el parto, en coherencia con la STS 525/2016, de 14 de junio y el Criterio de gestión del INSS 27/2016 de 15 de diciembre.

De igual modo, cabe la posibilidad de renuncia siempre que tenga por finalidad adquirir un derecho a otra prestación de Seguridad Social más favorable y que ello no contrarie el interés o el orden público ni perjudique a terceros. Su

(...)

incrementada con un complemento variable consistente en aplicar a la cuantía inicial un porcentaje determinado en función de los hijos nacidos previamente al hecho causante: un 5% en el caso de 2 hijos, un 10% en el caso de 3 hijos y un 15% en el caso de 4 o más hijos, de acuerdo con las reglas establecidas en el artículo 60 LGSS.

La primera queja se deriva de que solo beneficiará a aquellas mujeres capaces de alcanzar una prestación de naturaleza contributiva, lo que, como primera consecuencia observamos la exclusión de aquellas otras que no alcancen el periodo mínimo de cotización para dichas prestaciones contributivas, independientemente de que hayan cumplido con la *sostenibilidad* del sistema a través de la maternidad numerosa. Esto significa una penalización particular de aquellas mujeres que se vean sometidas a los estados de necesidad más acuciantes, y que hayan sido excluidas del mercado de trabajo con mayor intensidad por el hecho de ser mujer y lo que aun es peor, por el hecho de ser mujer y madre. Ciertamente, la desigualdad de género se manifiesta de formas diferentes en función de los distintos contextos sociales, históricos y culturales, lo que da lugar a diferentes cuestiones sociales del género, por lo demás, estrechamente relacionadas con el conjunto de desigualdades sociales que configuran la realidad social. Las políticas que se pretendan de género deberán incorporar una visión crítica sobre el modo en que colectivamente se gestiona la maternidad, la educación, la crianza, etc..., y la invisibilidad del conjunto de trabajos productivos y reproductivos vinculados a los cuidados para el sostenimiento de la propia vida, y las condiciones necesarias para un desarrollo humano sostenible.

Las aristas son numerosas y, de forma genérica, hacen referencia al papel de subordinación de la mujer en las economías productivas. La relación entre el trabajo remunerado, el trabajo doméstico y el trabajo de las mujeres, es una relación compleja, que ha sido profundamente transformada en los últimos años. La mujer se ha incorporado al mercado de trabajo de forma generalizada, acontecimiento motivado y acompañado de cambios sociales y culturales de gran calado, que han permitido que aquellos roles tradiciones que concernían a la mujer exclusivamente al ámbito privado o familiar se hayan debilitado o más bien modificado. Pero ¿ha supuesto una alteración sustancial de los roles sociales asumidos por mujeres y hombres?, es decir, la incorporación de la mujer al mercado de trabajo ¿ha puesto en crisis el conjunto de valores patriarcales que determinaban el lugar y las funciones de cada sexo en la sociedad? De un modo intuitivo diríamos que no. Pero en todo caso la respuesta es mucho más compleja. Hay elementos de naturaleza objetiva que deben ser tenidos en cuenta, como pueda ser la relación entre el sexo y el trabajo productivo remunerado<sup>9</sup>, pero hay otros elementos muy importantes de naturaleza subjetiva, que relacionan políticamente el papel de las mujeres con la *ética de la responsabilidad de los cuidados*<sup>10</sup>, que son centrales para determinar los cambios sociales que se persiguen.

Esto significa que determinados roles sociales han cambiado y que otros no lo han hecho de igual modo. Efectivamente, para la mujer de hoy no existe una distinción nítida entre su función productiva y reproductiva, entre su dimensión como soporte *afectivo* de la familia y de sostén *económico* de la misma. Las mujeres viven atrapadas en un *sincretismo de género*<sup>11</sup> que las constriñe a cuidar de su familia a la manera tradicional y, a la vez, lograr su desarrollo individual para formar parte del mundo laboral, a través del éxito y la competencia. La nueva dimensión de las normas de género conserva su sesgo patriarcal al superponer los *viejos* roles femeninos a su *nueva* dedicación laboral, lo que nos permite señalar la persistencia del cuidado familiar y doméstico como cuestión preeminentemente de mujeres a pesar de que éstas desempeñan una creciente actividad en el

---

carácter complementario respecto de una pensión contributiva de jubilación, viudedad o incapacidad permanente no obsta, de este modo, para que se admita la renuncia a dicho complemento. Criterio de gestión del INSS 8/2017 de 18 de abril.

<sup>9</sup> Son bien conocidos el diferente nivel de población activa, paro, precariedad laboral entre las mujeres y hombres.

<sup>10</sup> TOBIO, C. (2012) *Cuidado e Identidad de Género. De las madres que trabajan a los hombres que cuidan*, Revista Internacional de Sociología, vol.70, nº 2, Mayo-Agosto.

<sup>11</sup> LAGARDE, M. (2003) *Mujeres cuidadoras: entre la obligación y la satisfacción*, en SARE 2003 *Cuidar Cuesta: costes y beneficios del cuidado*, Emakunde.

ámbito público y de la existencia de políticas específicas para promover la incorporación de los hombres a las actividades del hogar.

Al reconocer este complemento exclusivamente a las prestaciones contributivas se desvincula de la necesidad concreta que justificaría dicha medida. Al penalizar a aquellas mujeres o bien que hayan asumido un rol exclusivamente de cuidadoras en el ámbito doméstico o bien no hayan conseguido una carrera profesional reglada, marcada en muchos casos por la extrema precariedad, el trabajo no declarado o la parcialidad de su jornada laboral y, por consiguiente, *premiar* a aquellas capaces de compaginar el trabajo retribuido y no retribuido<sup>12</sup>, se debilita el fin último de la igualdad efectiva entre mujeres y hombres.

El objeto de esta medida no deberá de ser otro que el de compensar aquellas desventajas profesionales derivadas de la maternidad o el cuidado de menores a la vez de fomentar la natalidad, por lo que no aparece nítida la razón por la que las prestaciones asistenciales deban ser excluidas de su aplicación<sup>13</sup>. Ciertamente, el Tribunal Constitucional va a reconocer las facultades del legislador para configurar distintos niveles de cobertura en base al marco definido en el artículo 41 CE en tanto que las situaciones de necesidad objeto de nuestro Sistema de Seguridad Social *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*. Así compete al legislador regular, en base a las circunstancias particulares, las distintas condiciones y alcance de las prestaciones de Seguridad Social, sin que quepa al Tribunal Constitucional *interferir con decisiones singularizadas susceptibles de alterar el equilibrio económico financiero del conjunto del sistema, salvo que la diferencia de tratamiento controvertida esté desprovista de toda justificación objetiva y razonable*<sup>14</sup>.

Si las razones de la exclusión tienen fundamentos exclusivamente económicos, parecerían débiles, ya que, precisamente, la dimensión asistencial de nuestro sistema de Seguridad Social no viene a comprometer su viabilidad económica dada sus diferentes fuentes de financiación. Su financiación a través de los presupuestos generales del Estado podría en todo caso justificar un marco regulatorio singular, más que la completa exclusión del ámbito asistencial.

## 2. LIMITACIONES MATERIALES Y TEMPORALES

Si bien la principal queja es su excesiva contributividad, no cabe duda que su configuración jurídica va a establecer un marco objetivo limitador de la eficacia y aplicación de este complemento. Por una parte, porque carece de carácter retroactivo, lo que significa que solo aquellas prestaciones generadas a partir del 1 de enero del 2016 van a poder ser mejoradas por esta vía. Ciertamente se va a venir a excluir a aquellas mujeres que protagonizaron las mayores tasas de natalidad en el último siglo, y, por tanto, el ahorro por esta vía va a ser significativo. Por otra parte, al establece el número mínimo de hijos en dos para ser beneficiaria de esta mejora, se verán excluidas todas mujeres que no alcancen al menos esta cifra.

Desde un punto de vista técnico jurídico, cabe hacerse una consideración adicional. El nacimiento de los hijos debe haberse producido antes del hecho causante para que puedan ser computados a efectos del complemento. Esto significa que aquellos hijos nacidos con posterioridad al reconocimiento de la pensión correspondiente no serán tenidos en consideración, como si los nacimientos adicionales desnaturalizasen dicha prestación de algún modo desconocido. No existe justificación alguna para dicha circunstancia, máxime cuando se den los elementos de contributividad suficiente y sostenibilidad del sistema por vía de la contribución demográfica. Piénsese por ejemplo una madre embarazada de su segundo hijo que sufre la pérdida de su cónyuge justo antes del nacimiento, habiéndose dado las cotizaciones suficientes para

<sup>12</sup> DE LA FLOR FERNÁNDEZ, M. L. (2016) *Reflexiones en torno a la pensión de jubilación desde una óptica de género: el complemento por maternidad*, Revista de Derecho Social, nº 76. Pag. 130.

<sup>13</sup> De hecho resulta chocante que dicho complemento haya sido integrado en el capítulo IV de la LGSS dedicado a la acción protectora, cuando su ámbito de aplicación se verá limitado a las pensiones contributivas mencionadas.

<sup>14</sup> STC 197/2003 de 30 de octubre.

generar el derecho a la pensión de viudedad y que por tanto no vería mejorada su prestación por mucho que todos los demás elementos objetivos y subjetivos se cumpliesen.

En otro orden de cosas, la aplicación de este complemento va a verse también condicionado por los distintos toques de las pensiones contributivas. Así, en el supuesto de que la cuantía de la pensión reconocida inicialmente supere la pensión máxima sin la aplicación de este complemento, el cómputo tanto de la pensión como del complemento no podrá superar un 50 % del complemento correspondiente, y, en el supuesto de que la cuantía de la pensión reconocida alcanza la pensión máxima aplicando solo parcialmente el complemento, se percibirá el 50 % de la parte del complemento que exceda del límite máximo vigente en cada momento. Por otra parte, si la pensión inicialmente causada no alcanzase la cuantía mínima, este complemento se aplicará a la cuantía resultante de la aplicación de los complementos a mínimos<sup>15</sup>.

### III. LA PARADIGMÁTICA INCORPORACIÓN DEL COMPLEMENTO POR MATERNIDAD EN LA PENSIÓN DE VIUEDAD

El carácter paradigmático se deriva del hecho que dicho complemento se presenta como un factor de sostenibilidad para nuestro sistema de Seguridad Social, lo que contrasta, sin lugar a duda, con las políticas y dinámicas mantenidas en las últimas reformas de nuestro marco de previsión social. La reducción de la tutela pública en el ámbito de las relaciones laborales tuvo como consecuencia directa la pauperización de las condiciones laborales, el descenso de las rentas del trabajo y la disminución de ingresos del sistema de Seguridad Social. Ante dicha circunstancia, las reformas de nuestro sistema de pensiones se fundamentaron en la reducción en la cuantía de la prestación, acercando al sistema hacia el asistencialismo y forzando a la vía de los sistemas complementarios de naturaleza privada a aquellos trabajadores que bien se lo puedan permitir o bien no deseen pasar sus últimos años de vida coqueteando con la pobreza.

La dinámica a corto plazo de ingresos y gastos de nuestro modelo de Seguridad Social nos sitúa ante el agotamiento técnico del fondo de reserva para el pago de las pensiones contributivas, ya que hemos jugado la carta de la recuperación económica a la precarización de las condiciones laborales, por lo que la variante de los ingresos no deja de descender o, en todo caso, no muestra la suficiente fortaleza como para asegurar su sostenibilidad en el tiempo – herida de muerte como se halla, por las insoportables tasas de desempleo -. A medio y largo plazo, la perspectiva es aun peor, factores estructurales relacionados con la evolución demográfica – incremento de la esperanza de vida y descenso de la tasa de natalidad – se unen a la persistencia de la crisis económica y a las particularidades de las políticas impulsadas por la Unión Europea dirigidas a imponer la austeridad y la reducción del gasto público social. De este modo, la única opción que se nos presenta como posible – desde esta óptica perversa - es la de revisar gastos y reducir el marco de protección social. En este contexto, los aproximadamente 21.000 millones de euros que se destinan actualmente al pago de la pensión de viudedad aparecen como chivo expiatorio apropiado, que liberen una carga considerable al marco contributivo de la Seguridad Social.

La pensión de viudedad ha servido para animar un debate en muchos casos contradictorio, llegando incluso a presentarse su defenestración – al menos de su exclusiva contributividad - como la salvaguarda necesaria para la sostenibilidad económica definitiva de nuestro sistema de

<sup>15</sup> No olvidemos el importante papel que los complementos a mínimos han jugado históricamente con relación a la pensión de viudedad, en especial por la escasa cuantía de estas pensiones. En todo caso, el incremento del porcentaje aplicable para la determinación de la pensión de viudedad hasta el 70% de la base reguladora ha tenido como consecuencia el trasvase de fondos de uno a otro mecanismo de protección. Pero si la pensión de viudedad es una pensión feminizada, también lo han sido los complementos a mínimos - GARCÍA VALVERDE, M<sup>a</sup>.D. (2013) *La cuantía de la pensión de viudedad. Complementos a mínimos y derecho a crecimiento*, en MORENO, M<sup>a</sup>.N.; MONEREO, J.L.; DIÁZ, T. (Directores) *La pensión de viudedad. Una necesaria reforma ante los cambios en las estructuras familiares*, Comares. También de interés, VILLAR CAÑADA, I.M<sup>a</sup>. (2016) *Pensión de viudedad y derecho a la igualdad: puntos críticos de la jurisprudencia más reciente*, n<sup>o</sup> 400, julio, CEF, Trabajo y Seguridad Social.<sup>15</sup>, por lo tanto, muestra una gran sensibilidad a las limitaciones operadas en esta figura de protección social.

Seguridad Social<sup>16</sup>. Parece evidente que una reforma de esta figura bajo esta lógica pasaría por una profunda reconfiguración de sus caracteres fundamentales en coherencia con el cambio de rumbo que nuestro modelo de previsión social está sufriendo en los últimos tiempos. ¿Qué implicaciones tendría un cambio estructural de estas pensiones? La primera y más importante, la mutación radical de esta figura del marco contributivo al asistencial. Ciertamente es una prestación que muestra claras deficiencias en su configuración jurídica que hace que su nivel de cobertura sea ineficaz e insuficiente lo que favorecería una reflexión en profundidad sobre la necesidad de su reforma. Lo que resulta más dudoso, en todo caso, es que su encuadramiento como prestación asistencial venga a resolver alguno de estos problemas.

La mayor queja que habitualmente se ha expresado a esta modalidad prestacional es su excesiva contributividad, que hace que solo aquel lucro cesante causado por el fallecimiento de un trabajador con cierto nivel de cotizaciones derive en una prestación económica para aquellas personas del núcleo familiar que lo sobrevivan. Una segunda queja recurrente es la enorme flexibilidad del ámbito subjetivo de protección, derivado del escaso carácter restrictivo de los requisitos de acceso a la condición de sujeto beneficiario, lo que implica que puedan disfrutar de esta pensión de forma vitalicia aquellas personas que dispongan de rentas de cualquier tipo y que, por tanto, no se encuentren en un estado real y manifiesto de necesidad.

Tiene sentido la existencia de una prestación contributiva, - que pueda ser completada con una de carácter asistencial -, con finalidad compensatoria sustitutiva de rentas originada por el fallecimiento de un familiar. Pero algunos elementos muestran un cierto grado de anacronismo, y requieran una reforma global y profunda, capaz de adaptarse a las nuevas realidades sociales derivadas de la nueva composición del mercado de trabajo y la nueva realidad económica de nuestro sistema de Seguridad Social, especialmente porque se aleja tendencialmente de la finalidad típica de las normas de derecho de la Seguridad Social, al desvincularse de la cobertura suficiente de estados de necesidad, y crear situaciones de sobreprotección y de infraprotección.

De este modo, aun manteniéndose las principales características del modelo contributivo, y en base al tenor del mandato constitucional del artículo 41 CE – y en menor medida 39 y 50 CE - y de los principios básicos de nuestro modelo de previsión social de universalidad, unidad, solidaridad e igualdad contenidos en el artículo 2.1 LGSS, las prestaciones de la Seguridad Social, no se presentan - y aun teniendo en cuenta la pervivencia de notas contributivas - como prestaciones correspondientes y proporcionales en todo caso a las contribuciones y cotizaciones de los afiliados, y resultantes de un acuerdo contractual.

El carácter público y la finalidad constitucionalmente reconocida del sistema de la Seguridad Social supone que este se configura como un régimen legal, en que tanto las aportaciones de los afiliados, como las prestaciones a dispensar, sus niveles y condiciones, vienen determinados, no por un acuerdo de voluntades, sino por reglas que se integran en el ordenamiento jurídico y que están sujetas a las modificaciones que el legislador introduzca. Si bien la doctrina mayoritaria del Tribunal Constitucional niega la existencia de un modelo concreto y cerrado de Seguridad Social y remarcan su carencia de la especial protección que gozan los derechos fundamentales, las normas ordinarias que lo desarrollen deberán respetar, en todo caso, su contenido esencial, que a criterio del Tribunal Constitucional será aquel conjunto de facultades o posibilidades de acción necesarias para que dicho derecho sea reconocible, incorporando aquella tutela necesaria para que los *intereses jurídicamente protegibles resulten real y efectivamente protegidos*<sup>17</sup>. Ciertamente, el cuadro de derechos contenidos en el artículo 41 de la CE es un *minimum garantizado*, que el legislador a impulsos de la

<sup>16</sup> Máxime cuando la pensión de viudedad supone un gasto anual equivalente al 1,9% del PIB en España, frente al 1,7% de media en la UE-15, lo que en principio no parece una gran diferencia. Sin embargo, si lo comparamos con el gasto total en prestaciones sociales, el gasto medio en la UE-15 es del 25,9% su PIB, mientras que el de España es del 20,5 %, lo que supone que mientras que la UE-15 emplea sólo el 6,5% de su gasto en prestaciones sociales en pensiones de viudedad, este porcentaje sea del 9,26% en nuestro país.

<sup>17</sup> STC 11/1981.



política jurídica o política social puede concretar<sup>18</sup>. La Seguridad Social se ha convertido en una auténtica función del Estado, lo que supone apartarse parcialmente de concepciones anteriores de la Seguridad Social en que primaba el principio contributivo y la cobertura de riesgos o contingencias, sin que ello signifique en absoluto, que tal protección deba ser otorgada exclusivamente ante situaciones de necesidad.

La Constitución, pues, establece como finalidad de la Seguridad Social la reducción o eliminación de situaciones de necesidad, mediante asistencia o prestaciones sociales suficientes. Como consecuencia, - y aun cuando en un sistema parcialmente de tipo contributivo no pueda excluirse una correlación entre contribuciones y prestaciones - las previsiones constitucionales suponen que pase a ocupar una posición decisiva el remedio de situaciones de necesidad, tales situaciones habrán de ser determinadas y apreciadas, teniendo en cuenta el contexto general en que se produzcan, y en conexión con las circunstancias económicas, las disponibilidades del momento y las necesidades de los diversos grupos sociales. No puede excluirse por ello 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<sup>19</sup>. En este contexto, el legislador ha optado por una prestación insuficiente para satisfacer el mandato constitucional de protección ante los estados de necesidad, e ineficaz económicamente en base a las circunstancias de disponibilidad de recursos económicos en conexión con las necesidades de los distintos grupos sociales. Paradójicamente, la flexibilidad subjetiva para acceder a esta prestación es *directamente proporcional a la escasez del nivel de protección*<sup>20</sup>. Efectos que se transmiten directamente a la aplicación del complemento por maternidad a la pensión de viudedad.

Téngase en cuenta que este complemento representa un impulso diferenciado en favor de la mujer como expresión de una discriminación histórica, por lo tanto, en este ámbito preciso, se hacen más odiosas aquellas situaciones de infraprotección y sobreprotección características de esta figura, pero además, al ser una pensión vitalicia<sup>21</sup>, compatible con rentas del trabajo o con la percepción de la pensión de jubilación y de incapacidad permanente – siempre que no se superen los topes máximos -, se refuerza su desconexión con la finalidad asistencial de la prestación, ya que permite que beneficiarios con elevadas rentas, puedan cobrarla.

El mandato constitucional contenido en el artículo 9.2 en relación con el artículo 14, debería servir de fundamento para que esta acción positiva contuviese una similar valoración a la aportación demográfica – y en consecuencia a la sostenibilidad del sistema de Seguridad Social – de todas las mujeres independientemente del criterio de la cotización.

En todo caso, la incorporación del complemento por maternidad a la pensión de viudedad debe ser celebrado por el hecho de ser una medida reformista, que no viene afectar a los gastos sino a mejorar los ingresos. Son necesarias políticas capaces de enfrentar los problemas estructurales de nuestro sistema más allá del desencanto, en este sentido, a expensas de su eficacia, al menos se señala un camino necesario a recorrer por nuestro sistema de previsión social.

<sup>18</sup> STC 103/1983.

<sup>19</sup> STC 65/1987.

<sup>20</sup> MORENO, M<sup>a</sup>.N.; MONEREO, J.L.; DÍAZ, T. (2013) *Prologo*, en MORENO, M<sup>a</sup>.N.; MONEREO, J.L.; DÍAZ, T. (Directores) *La pensión de viudedad. Una necesaria reforma ante los cambios en las estructuras familiares*, Comares.

<sup>21</sup> Lo que no deja de constituir por otra parte, una auténtica singularidad jurídica respecto a los países de nuestro entorno. En Bélgica se establece una edad mínima de 45 años, en Francia de 55, mientras que en Alemania se reconocen dos tipos de prestaciones, una del 55% de la potencial pensión de jubilación del causante para mayores de 45 años (o que tengan incapacidad permanente o hijos menores a su cargo) y otra del 25% durante dos años para aquellas viudas para menores de 45 años - OLARTE ENCABO, S. (2013) *Modelos comparados de protección social de viudedad*, en MORENO, M<sup>a</sup>.N.; MONEREO, J.L.; DÍAZ, T. (Directores) *La pensión de viudedad. Una necesaria reforma ante los cambios en las estructuras familiares*, Comares.

## IV. EL COMPLEMENTO POR MATERNIDAD DESDE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO

### 1. TRATAMIENTOS DIFERENCIADOS, ACCIONES POSITIVAS Y DISCRIMINACIÓN

El complemento por maternidad posee naturaleza jurídica de acción positiva, ya que pretende paliar las especiales dificultades que las trabajadoras madres tienen en relación con el acceso a las prestaciones de Seguridad Social lo que justificaría que se dirija exclusivamente a las mujeres. Ciertamente es que aquellas acciones de carácter diferenciador relacionadas con la maternidad y el cuidado de menores han merecido una avanzada evolución en la medida en que la perspectiva de género ha ido asumiéndose normativa y jurisprudencialmente. *De este modo, el complemento por maternidad debe ser analizado críticamente y en especial en aquello que pueda colisionar con las necesarias políticas de corresponsabilidad, en el sentido en que se compense de modo diferenciado a las mujeres por el hecho de ser madres, trabajadoras y cuidadoras, lo que puede llegar a favorecer el mantenimiento de roles indeseados*<sup>22</sup>.

Es bien conocida la doctrina del Tribunal Constitucional en la que se entiende que el principio de igualdad y no discriminación *no implica que todos los casos deban recibir el mismo tratamiento legal con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica*<sup>23</sup>, de tal manera que toda desigualdad de trato normativo suponga automáticamente un acto discriminatorio, *sino tan sólo las que introduzcan una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales, sin que se ofrezca y posea una justificación objetiva y razonable para ello, pues, como regla general, el principio de igualdad exige que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas*<sup>24</sup>. Esta doctrina vino a incorporar una fórmula para el reconocimiento de los hechos discriminatorios<sup>25</sup> en los que sería necesario identificar si aquella diferenciación podía ser calificada de arbitraria o carente de una justificación razonable o por el contrario quedaba sustentada en criterios objetivos y razonables, según juicios de valor generalmente aceptados, debiendo, en todo caso, y como elemento de cierre, evitarse aquellas consecuencias jurídicas desproporcionadas a la finalidad perseguida. La interpretación de esta fórmula antidiscriminatoria no es necesariamente pacífica, ya que requiere que las situaciones subjetivas – en la medida que la norma introduzca directa o indirectamente una diferencia de trato entre grupos o categorías de personas<sup>26</sup> - sean homogéneas o equiparables<sup>27</sup>, sin que la comparación resulte arbitraria<sup>28</sup>, como premisa previa para el juicio valorativo de la licitud constitucional de la diferencia contenida en la norma<sup>29</sup>.

Por su parte, el artículo 11 de la Ley Orgánica 3/2007, para la Igualdad efectiva entre mujeres y hombres incorpora una noción de acción positiva por la que impone a los Poderes Públicos el deber de adoptar medidas específicas en favor de las mujeres dirigidas a *corregir situaciones patentes de desigualdad de hecho respecto de los hombres*, con el fin de hacer efectivo el derecho constitucional de la igualdad, debiendo, en todo caso, ser limitadas en el tiempo *en tanto subsistan las situaciones que las motivaron y ser razonables y proporcionadas en relación con el objetivo perseguido en cada caso. De este modo, el principio constitucional de igualdad va unido a la finalidad de alcanzar la igualdad efectiva, lo que supone un planteamiento mucho más positivo, ya que en lugar de garantizar la igualdad en el punto de partida, ahora se incide fundamentalmente en garantizar la igualdad en los resultados, siendo exigible en todo caso la presencia de la razonabilidad y la objetividad como criterios que condicionan las de medidas de preferencia a favor de un colectivo determinado, a fin de evitar que las acciones positivas pasen a convertirse en una nueva vía de creación de desigualdades peyorativas en perjuicio de otro colectivo.*

<sup>22</sup> En este sentido resulta sugerente la visión crítica de: DE LA FLOR FERNÁNDEZ, M. L. (2016) *Reflexiones en torno a la pensión de jubilación desde una óptica de género: el complemento por maternidad*, Revista de Derecho Social, nº 76.

<sup>23</sup> STC 200/2001 de 4 de octubre.

<sup>24</sup> STC 88/2005 de 18 de abril.

<sup>25</sup> En este sentido ver: PERÁN QUESADA, S. (2014) *Derecho Social y Género*, Aranzadi.

<sup>26</sup> STC 181/2000, de 29 de junio.

<sup>27</sup> STC 148/1986, de 25 de noviembre.

<sup>28</sup> STC 1/2001 de 15 de enero.

<sup>29</sup> STC 200/2001 de 4 de octubre.

*De este modo, las acciones positivas no se caracterizan por el tipo de medidas, sino por su objetivo final de remover los obstáculos que de hecho impiden la realización de la igualdad efectiva para la mujer. En este sentido, el concepto de acción positiva escapa a definiciones concretas ya que, precisamente, su inevitable diversidad impide su individualización como no sea a través de su identificación en razón de la función que cumplen. Esta indeterminación topológica de las acciones positivas permite reflexionar sobre su naturaleza y en tal sentido atribuirles o bien el significado más simple de medidas dirigidas a la eliminación de la desigualdad por razón de sexo, o bien el más completo y controvertido significado de medidas dirigidas a la revaloración de la diferencia entre hombres y mujeres<sup>30</sup>.*

*La perspectiva de género tiende de esta forma a superar los términos en que ha estado tradicionalmente anclada la relación entre igualdad y especificidad entre los sexos en las condiciones de trabajo. Esto porque el objetivo perseguido no es la garantía-promoción de situaciones jurídicas o de hecho idénticas, sino la creación de condiciones tales que permitan a los sujetos en sí diferentes, la plena expresión de su potencialidad – referida al trabajo –, y de forma más general, el desarrollo de su personalidad. De esta forma, las acciones positivas serán aquellas que se dirigen a asegurar el reparto equilibrado de las responsabilidades familiares, impiden que el ejercicio de los derechos de maternidad/paternidad sean un obstáculo al mantenimiento del empleo, a la mejora de las condiciones de trabajo o al acceso a las prestaciones de Seguridad Social, tienden a evitar el acoso sexual o el acoso por razón de sexo que lesiona la dignidad de la mujer, se dirigen a asegurar la formación y preparación profesional de la desempleada y de la trabajadora y a garantizar su derecho de acceso y promoción a cualesquiera puestos de trabajo.*

## 2. MATERNIDAD Y TRATAMIENTO DIFERENCIADOS EN FAVOR DE LA MUJER. UN DELICADO EQUILIBRIO

*La discriminación por razón de sexo no comprende sólo aquellos tratamientos peyorativos que encuentren su fundamento en la pura y simple constatación del sexo de la persona perjudicada, sino que también engloba estos mismos tratamientos cuando se funden en la concurrencia de condiciones o circunstancias que tengan con el sexo de la persona una relación de conexión directa e inequívoca<sup>31</sup>. Se adopta de este modo una nueva delimitación de la discriminación por razón de sexo, abandonando en cierto sentido la tradicional consideración en donde el hombre era el punto de comparación del trato recibido, para ampliarlo a ámbitos de referencia en los que se tengan en cuenta cualquier circunstancia o consecuencia derivada del hecho de ser mujer, como es, por ejemplo, la maternidad<sup>32</sup>. El permiso de maternidad ha ido evolucionando desde aquella prestación donde lo que se protegía era el hecho del parto, reconociéndola exclusivamente al supuesto de maternidad biológica, cuyo bien jurídico a preservar era, por tanto, la protección de la salud de la trabajadora embarazada que hubiese dado a luz, a la que se le debía reconocer/imponer un periodo de descanso<sup>33</sup> durante el cual el contrato de trabajo quedara suspendido, con reserva de puesto, y derecho a un subsidio de la Seguridad Social, a la actual prestación de naturaleza compleja en la que se contienen circunstancias de distinta naturaleza, con niveles de protección no necesariamente homogéneos. Efectivamente, estas primeras normas tenían 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<sup>34</sup>. En todo caso, se debe matizar la crítica, ya que significó el inicio del camino y la integración de la doble protección de los derechos de la mujer trabajadora: a su salud y a la salud*

<sup>30</sup> BALLESTRERO, M.V. (1990) *Modelli di azioni positive, osservazioni sul disegno di legge n. 1818*, QDLRI, p. 26.

<sup>31</sup> Así como en base al principio de igualdad de trato se equipara a efectos de tutela discriminatoria, el embarazo y el sexo -STC 94/1984, 166/1988, 173/1994 y 20/2001 -consideran que el despido de una trabajadora por el hecho de estar embarazada constituye una discriminación por razón de sexo” al afectar exclusivamente a la mujer”, lo que impide igualmente la resolución de la relación laboral en el periodo de prueba -STC 94/1984 y 166/1988-, o la no renovación de un contrato temporal - STC 173/1994-.

<sup>32</sup> Como sucede, singularmente, con el embarazo elemento o factor diferencial que, en tanto que hecho biológico incontrovertible, incide de forma exclusiva sobre las mujeres - STC 41/2002 -.

<sup>33</sup> Que en todo caso deberá respetar el periodo de descanso obligatorio postparto de seis semanas, de conformidad con lo dispuesto en el art. 3 del Convenio núm. 103 de la Organización Internacional del Trabajo, ratificado por España el 26 de mayo de 1965.

<sup>34</sup> CONDE-PUMPIDO, T. (2007) *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, p.44.

del recién nacido y al del mantenimiento del puesto de trabajo y de los derechos derivados del mismo. En este ámbito los avances han sido continuos, e incluso, puede decirse que en todas las normas de reforma laborales se han introducido cambios de mayor o menor calado en esta materia. En todo caso, desde la óptica del Tribunal Constitucional se ha venido rechazando que la atribución del descanso por maternidad en su integridad a la mujer trabajadora en el supuesto de parto significase una discriminación al hombre, ya que maternidad, embarazo y parto, son realidades biológicas exclusivas de la mujer y no son objeto de protección derivada directamente del art. 39.2 CE o una sobreprotección injusta a la mujer embarazada susceptible igualmente de ser discriminatoria<sup>35</sup>.

De igual modo, rechazó que el principio de igualdad ante la ley y el de no discriminación se viera afectado por el diferente régimen jurídico en los supuestos de parto y adopción, dado la heterogénea finalidad tuitiva perseguida por el legislador en cada uno de estos supuestos. Efectivamente, en el supuesto de adopción no cabe protección de la salud de la trabajadora, sino que su objeto será el de permitir la necesaria integración del menor en la familia adoptante, de este modo, el legislador podrá imponer requisitos supletorios o diferenciados en dicho supuesto respecto al de la maternidad por parto, sin que estos sean tenidos como discriminatorios<sup>36</sup>. Pero si bien no cabe una equiparación automática entre ambos supuestos<sup>37</sup>, tampoco sería justificable un tratamiento diferenciado entre progenitores. La suspensión por adopción no se configura como un derecho de la mujer trabajadora toda vez que no existe en este supuesto el hecho biológico del embarazo y del alumbramiento, lo que impide un tratamiento singular o cualificado de la mujer por el hecho de serlo.

El debate más intenso y trascendente en torno al posible tratamiento diferenciado en el reconocimiento de derechos relativos a la conciliación de la vida laboral, personal y familiar se produjo en torno al contenido del permiso de lactancia contenido en el artículo 37.4 ET. El redactado actual lo reconoce como un derecho individual que pueden ejercer, indistintamente, uno u otro progenitor si ambos trabajan. Se sigue de esta forma la resolución adoptada por el Tribunal de Justicia de la Unión europea<sup>38</sup> que corregía la norma del derecho laboral español, en donde únicamente se reconocía la titularidad del permiso por lactancia a la madre y de forma secundaria y condicionada al padre. Ciertamente contrasta con la doctrina de nuestro Tribunal Constitucional, que mantuvo el criterio contrario al estimar que el permiso por lactancia en su redacción anterior, no vulneraba el derecho a la igualdad, al reconocer la titularidad exclusiva de la madre habida cuenta de la finalidad histórica de dicho permiso, de protección de la salud de la mujer y las *especiales relaciones de la madre con el hijo*<sup>39</sup>, en el periodo que sigue al embarazo y al parto.

Pero esta sentencia del órgano comunitario es especialmente trascendente al considerar que la norma suponía una discriminación por género ya que *la promoción del disfrute femenino de este permiso produce un efecto adverso en los derechos laborales de la mujer y contradice el concepto de corresponsabilidad que debe estar ligado a la igualdad efectiva*. Y es que, de acuerdo con esta resolución, el permiso por lactancia ha perdido en nuestros días la vinculación que en otra época presentaba con la lactancia natural, y por tanto, con la condición biológica de la maternidad, para pasar ahora a ser configurado como un periodo de tiempo dedicado al cuidado del recién nacido, por lo que resultaba irrelevante entonces quien fuera titular del mismo, y quedaba sin justificación el reconocimiento de este derecho con carácter originario a favor de la madre.

<sup>35</sup> STC 75/2011, de 11 de junio.

<sup>36</sup> STC 78/2011, de 6 de junio.

<sup>37</sup> De este modo, mientras que el legislador no reconociese expresamente el supuesto de suspensión por adopción, la adopción no daba derecho a la suspensión del contrato de trabajo, ni tampoco, a la protección de la Seguridad Social, Sentencia Tribunal Central de Trabajo de 10 de febrero de 1983.

<sup>38</sup> STJEU de 30 de septiembre de 2010, asunto Roca Álvarez.

<sup>39</sup> STC 78/2011, de 6 de junio.

### 3. EL COMPLEMENTO POR MATERNIDAD DESDE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO

El complemento por maternidad nos plantea si *el establecimiento de medidas diferenciadas a favor del colectivo históricamente más desfavorecido, que muestra efectivamente, una especial penalización en el acceso a las prestaciones de Seguridad Social es un modo adecuado para la materialización de las necesarias políticas activas de igualdad de género. Y ello lo hace por que pueda colisionar con el concepto de corresponsabilidad.*

Ciertamente, el concepto de corresponsabilidad supone la entrada en otra fase de la protección de los derechos parentales. Así de lo que era un reconocimiento de derechos unidos a la maternidad de la mujer trabajadora, se pasa al reconocimiento de derechos ligados a la filiación, la convivencia y la familia. La feminización de los derechos relativos a la maternidad y a los cuidados de los menores puede constituir formas específicas de discriminación hacia la mujer en los términos señalados anteriormente. Si el objetivo es alcanzar una distribución de cargas parentales equilibradas, cabría pensar si esta acción fomenta, obliga o favorece que las mujeres continúen asumiendo en exclusiva el cuidado de menores.

*Por otra parte, debemos rechazar aquella concepción estática y mecánica de la igualdad, que no tenga en cuenta que los obstáculos históricos y las condiciones necesarias a superar para llegar a la plena expresión de la potencialidad del sujeto no son idénticas para todos los grupos, y tanto menos en el caso de la mujer que ni es una minoría racial ni un grupo de intereses<sup>40</sup>.*

Si bien las políticas públicas que interesan serán aquellas que sepan evolucionar desde las medidas vinculadas exclusivamente a la mujer y a la protección específica de la maternidad, hacia aquellas que pongan el acento en la coparticipación o corresponsabilidad entre mujeres y hombres en los cuidados familiares, *el elemento crítico no viene de la mano de su naturaleza jurídica como acción positiva, ya que posee como clara diferenciación con los supuestos analizados anteriormente, en el hecho de que no impone el disfrute de periodos de cuidados a un sexo determinado, si bien habría que incorporar la perspectiva de la corresponsabilidad a través de medidas de promoción – por la vía de la Seguridad Social – del disfrute de los permisos compartidos y de paternidad.*

La aplicación del principio de igualdad a la maternidad, paternidad y cuidado de menores tiene que estar necesariamente relacionado con el principio de conciliación corresponsable. El cambio perseguido es sustancial y va a requerir dotarlo de un contenido jurídico – laboral importante, a la vez que va a necesitar de nuevos modelos subjetivos, socialmente hablando, que lo acompañen. El objetivo de estas medidas será, por tanto, crear instrumentos eficaces que permitan una reciprocidad por parte de los hombres hacia el cambio protagonizado por las mujeres, como vía privilegiada para producir cambios en las normas de género. Ello implicará nuevas formulas de socialización femenina<sup>41</sup> - y masculina – que rompan con la identificación de que el tiempo principal de las mujeres, de sus mejores energías vitales, afectivas, intelectuales o espirituales, deba ser el dirigido al cuidado familiar y del hogar. Consecuentemente se hacen necesarias medidas complementarias que eviten que esta medida favorezca una feminización de los cuidados.

El complemento por maternidad deberá reconfigurarse con el objeto de reforzar su doble finalidad, como es *la necesidad de paliar las consecuencias negativas que las mujeres experimentan en su vida laboral, y que consecuentemente tiene una correlación con su nivel prestacional y el favorecer la mejora demográfica.* Su limitado ámbito de aplicación va a venir a penalizar a aquellas mujeres que con mayor intensidad hayan sufrido aquellas circunstancias sociales discriminatorias que las constriñen al cuidado de los menores, y que, consecuentemente necesiten ciertamente mejorar sus prestaciones sociales.

<sup>40</sup> RODRÍGUEZ PIÑERO, M.; FERNÁNDEZ LÓPEZ, M. F. (1986) *Igualdad y discriminación*. Tecnos. Madrid, Pág. 166.

<sup>41</sup> GILLIGAN, C. (1985) *La moral y la teoría. Psicología del desarrollo femenino*, Fondo de Cultura Económica, México.



# CAPÍTULO XXV. LAS RESPONSABILIDADES FAMILIARES COMO REQUISITO MODULADOR DE LA PROTECCIÓN POR DESEMPLEO

DANIEL PÉREZ DEL PRADO

*Profesor Titular (acreditado) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad Carlos III de Madrid*

## I. INTRODUCCIÓN: LAS RESPONSABILIDADES FAMILIARES EN LA PROTECCIÓN POR DESEMPLEO

Tradicionalmente, la protección frente al desempleo se ha caracterizado por su fuerte subjetivación. Si repasamos los rasgos básicos de la situación protegida<sup>1</sup>, éstos giran en torno a la figura del trabajador desempleado, su deseo de trabajar y la imposibilidad fáctica de poder hacerlo. Aunque en otro tipo de prestaciones la existencia de una relación familiar resulta un elemento relevante a la hora de establecer lo que se ha venido a denominar como “relación jurídica de previsión”<sup>2</sup>, esto no ocurre en el desempleo, centrado en asegurar una adecuada cobertura social de los individuos frente al fenómeno del paro.

Sin embargo, el proceso de progresiva asistencialización del desempleo<sup>3</sup>, por lo demás un fenómeno que no afecta únicamente a esta forma de protección, ha propiciado que las responsabilidades familiares sean cada vez más frecuentemente tenidas en cuenta a los efectos de propiciar la protección frente al paro. En este sentido, las circunstancias en que se encuentra la familia actúan en un doble plano. En algunas ocasiones, las menos, son el elemento determinante de que se otorgue o prolongue la protección. Sólo porque se tienen en cuenta las especiales circunstancias en las que se encuentra el núcleo familiar del que el desempleado forma parte, el sistema realiza una excepción, ampliando la cobertura. En otras, las que más, las circunstancias familiares actúan como elemento modulador de la protección que se dispensa, incrementando su intensidad en consideración a las cargas adicionales que la familia implica.

Esta incorporación de la familia a la protección frente al desempleo genera una serie de fricciones entre aquella naturaleza esencialmente subjetiva sobre la que se construye el desempleo y este carácter colectivo o de pertenencia a un grupo que la familia supone. Esta contradicción se ve agudizada por la tendencia general de requerir al trabajador desempleado unas mayores exigencias en lo que hace a su propia reinserción laboral<sup>4</sup>. El sistema le exige cada vez más al sujeto, a la vez que incorpora elementos que están fuera del alcance de su mano (al menos completamente), como son los que tienen que ver con la familia.

En este marco contradictorio, el presente trabajo aborda el papel de la familia en lo que hace a la configuración de la protección frente al desempleo en nuestro país. Para ello, en el próximo apartado abordaremos cómo impacta la familia en la configuración jurídica de cada uno de los niveles de protección y cerraremos el estudio con unas breves conclusiones de carácter propositivo.

<sup>1</sup> DE LA VILLA GIL, L. E.; DESDENTADO BONETE, A., *Manual de seguridad social*, Aranzadi, Pamplona, 1979, pp. 587-590.

<sup>2</sup> PERSIANI, M., *El sistema jurídico de la Previsión Social*, Centro de Formación y Perfeccionamiento de Funcionarios, 1965, pp. 247-248.

<sup>3</sup> MONEREO PÉREZ, J. L., *El sistema de protección por desempleo en España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1997, pp. 179-783.

<sup>4</sup> DUMONT, D., “Pour ou contre l’activation des chômeurs? Une analyse critique du débat”, *Revue de Droit Social*, 3, 2010.

## II. LAS CIRCUNSTANCIAS FAMILIARES COMO ELEMENTO CONFIGURADOR DE LA PROTECCIÓN POR DESEMPLEO

A la hora de analizar el modo en que las circunstancias familiares inciden en la protección dispensada por el sistema, es preciso tener en cuenta dos elementos básicos. De una parte, la tradicional distinción entre protección contributiva y asistencial. De otra, las principales manifestaciones en que tal protección cristaliza, como los requisitos de acceso, la duración y la cuantía de las prestaciones.

Comenzando por el nivel contributivo, lo cierto es que el art. 269 LGSS no hace mención alguna a las circunstancias familiares cuando regula la duración de la prestación por desempleo. No ocurre lo mismo en el caso de la cuantía. Así el art. 270.3 LGSS dispone, en relación a la cuantía máxima y mínima, que la primera «será del 175 por ciento del indicador público de rentas de efectos múltiples, salvo cuando el trabajador tenga uno o más hijos a su cargo, en cuyo caso la cuantía será, respectivamente, del 200 por ciento o del 225 por ciento de dicho indicador. La cuantía mínima de la prestación por desempleo será del 107 por ciento o del 80 por ciento del indicador público en rentas de efectos múltiples, según que el trabajador tenga o no, respectivamente, hijos a su cargo». Adicionalmente, aunque con naturaleza muy puntual, el art. 271. c) LGSS exceptúa de la regla general de suspensión del derecho a prestación en caso de privación de libertad a quien «tuviese responsabilidades familiares y no disfrutara de renta familiar alguna cuya cuantía exceda del salario mínimo interprofesional.»<sup>5</sup>

En el caso del nivel asistencial, nos encontramos con las circunstancias familiares en los requisitos de acceso, pero únicamente en lo que hace al llamado subsidio de continuación (art. 274.1 LGSS) y el subsidio contributivo (art. 274.3 LGSS); en la duración, pero solamente en relación al subsidio contributivo (art. 277.2 a) LGSS) y en lo que hace a las causas de suspensión y extinción del derecho (art. 279 LGSS).

Por último, también podríamos incluir la Renta Activa de Inserción (RAI) y la protección extraordinaria frente al desempleo, planes extraordinarios<sup>6</sup> y subsidio extraordinario, puesto que aunque no hacen referencia a las responsabilidades familiares propiamente dichas, sí emplean la noción próxima de renta familiar, fundamentalmente en lo que hace a los requisitos de acceso<sup>7</sup>.

### 1. LA PRESTACIÓN CONTRIBUTIVA Y LOS “HIJOS A CARGO”

Como ya hemos tenido ocasión de adelantar, dejando a un lado el supuesto excepcional del art. 271.1 c) LGSS, en el nivel contributivo, la principal manifestación de las circunstancias familiares tiene que ver con la adaptación de las cuantías máximas y mínimas cuando se tienen hijos a cargo. Conforme a lo dispuesto en el art. 4.3 del RD 625/1985<sup>8</sup>, se entienden por hijos a cargo del trabajador los que cumplan tres requisitos: 1) los que sean menores de 26 años o mayores incapacitados en grado igual o superior al 33 %, 2) convivan con el beneficiario y 3) carezcan de rentas de cualquier naturaleza superiores al SMI (y no al IPREM), excluidas las pagas extraordinarias. No obstante, no se exige la convivencia si existe obligación de alimentos en virtud de convenio o resolución judicial o declaración de que sostiene económicamente al hijo, sin perjuicio de que con posterioridad y a requerimiento de la entidad gestora, deba aportar la

<sup>5</sup> STS de 10 diciembre 2012. RJ 2013\1094

<sup>6</sup> Sobre este concepto, véase PÉREZ DEL PRADO, D., “Los planes extraordinarios de empleo y crisis económica: entre la necesidad y la reconstrucción de las políticas pasivas de empleo en España”, en Cabeza Pereiro, J., Fernández Prol, F. (eds.) *Políticas de empleo*, 2013.

<sup>7</sup> Aún podría incluirse el subsidio especial agrario, que tiene en cuenta el número de integrantes de la unidad familiar a efectos modular el requisito de carencia de rentas y la prolongación de la duración. Arts. 2 y 5 del Real Decreto 426/2003, de 11 de abril, por el que se regula la renta agraria para los trabajadores eventuales incluidos en el Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social residentes en las Comunidades Autónomas de Andalucía y Extremadura (BOE 12/04/2003 núm. 88). El carácter especial de este subsidio y las limitaciones de espacio impiden que pueda ser abordado con detalle, por más que muchas de las conclusiones de este estudio sean extrapolables también a éste.

<sup>8</sup> BOE 07/05/1985, núm. 109.



oportuna documentación que lo acredite<sup>9</sup>. Por lo que hace a la carencia de rentas, se presume su existencia cuando no realicen trabajo por cuenta propia o, se realicen trabajos por cuenta ajena cuya retribución sea igual o inferior al SMI, sin perjuicio de que en dichos supuestos la entidad gestora pueda solicitar la acreditación de inexistencia de otras fuentes de ingresos. Durante la percepción de la prestación las cuantías máximas y mínimas se adaptarán en cada momento al incremento o disminución de hijos<sup>10</sup>.

Teniendo en cuenta la naturaleza jurídica del contributivo, esta sensibilidad de la prestación a las cargas familiares resulta, *a priori*, sorprendente. En efecto, uno de sus rasgos caracterizadores del nivel contributivo es precisamente el que el grado de protección y, en especial, la cuantía de la prestación, viene determinada por las aportaciones económicas del sujeto protegido anterior a la materialización de la contingencia<sup>11</sup>. En este sentido, se ha dicho que el nivel contributivo muestra una mayor sensibilidad a la posición económica del trabajador precisamente porque toma en consideración la renta salarial previa a la situación de desempleo<sup>12</sup>, frente a la escasa adaptación de las prestaciones de carácter asistencial. Esto tiene que ver con la distinta función que cumplen uno y otros niveles de protección, a saber, la sustitución de las rentas dejadas de percibir y la cobertura de las necesidades económicas del trabajador en relación con su subsistencia.

Así las cosas, desde el plano formal, no habría necesidad de adaptar la cuantía de la prestación contributiva a las necesidades familiares, pues su función no incluye esta circunstancia, sino únicamente la ya mencionada sustitución de las rentas de activo. Si además tenemos en cuenta que, en el plano práctico, la cuantía de las prestaciones suele ser bastante más elevada que la de los subsidios, entonces podemos presuponer que, para la mayor parte de los casos, las necesidades del núcleo familiar que cubrían las rentas de activo se verán razonablemente cubiertas por la prestación.

Lo que ocurre es que, como también es de sobre conocido, el principio de contributividad se encuentra modulado por el de solidaridad, que rompe con tal característica básica de esta forma de protección, mediante, entre otros mecanismos, la imposición de cuantías máximas y mínimas, que permiten que quienes menos contribuyen reciban una cantidad razonable e impiden que quienes más cotizan, sin embargo, reciban exactamente su aportación, de tal forma que el sobrante pueda nutrir la financiación del conjunto del sistema en beneficio del resto de asegurados.

Es en este contexto de ruptura de las características propias del nivel contributivo de protección en el que puede justificarse la inclusión de una regla, como es la adaptación a las circunstancias familiares, más propia del nivel asistencial. El resultado de la medida es que quien tenga un hijo a cargo percibirá como máximo 1.254,96 euros al mes, mientras que tenga dos o más recibirá 1.411,83 euros al mes<sup>13</sup> (frente a los 1.098,09 euros si no se tienen hijos), teniendo en ambos casos garantizado que no se recibirá menos de 671,40 euros al mes<sup>14</sup>. Teniendo en cuenta que el salario medio en España alcanza la cifra de 1.654,02 euros al mes y el salario más frecuente asciende a 1.178,38 euros al mes<sup>15</sup>, la medida estaría beneficiando a los que tienen unas bases

<sup>9</sup> MARTÍN GALLO, A., “La protección a la familia en materia de desempleo”, *Aranzadi social*, 5, 2003, pp. 1377-1406.

<sup>10</sup> Además, este criterio ha sido interpretado de forma flexible. En un supuesto en que el trabajador desempleado tenía dos nietas menores, huérfanas, a su cargo, se entendió aplicable el tope del 220 %, como si se tratara de «hijos a cargo» STS 13 de junio de 1998 (RJ 1998, 5257).

<sup>11</sup> GONZÁLEZ ORTEGA, S., “La protección por desempleo”, *Relaciones Laborales*, vol. II, 1993, pp. 326-327.

<sup>12</sup> PÉREZ DEL PRADO, D., *Prestación por desempleo: intensidad, duración y control*, Lex Nova - Thomson Reuters, Valladolid, 2014, p. 125.

<sup>13</sup> Por cierto que, a este respecto, se ha criticado que esta adaptación de la cuantía máxima y mínima no tenga en cuenta a las familias numerosas. LUELMO MILLÁN, M.A., “Desempleo y familia”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, 54, 2004, p. 17.

<sup>14</sup> La Disposición adicional centésima décima novena de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018 (en adelante, LPGE 2018 -BOE 04-07-2018, N.º. 161-) ha fijado el IPREM mensual para 2018 en 537.84 euros, que es la misma cantidad que el año anterior.

<sup>15</sup> INE, Encuesta Anual de Estructura Salarial (EAES). Año 2016.

reguladoras en torno y por encima de la media, entre 1.568,07 euros al mes y 2.019,9 euros<sup>16</sup>. Esto supone que alrededor de una quinta parte del total de trabajadores podría ver incrementadas sus cuantías máximas en caso de tener hijos, puesto que el 26,3 % de éstos cobra entre dos y tres veces el SMI (entre 1.471,8 y 2.207,7 euros al mes)<sup>17</sup>.

Por consiguiente, en torno a un 20 % del total de trabajadores pueden ver compensada la limitación que experimentan sus prestaciones en virtud del principio de solidaridad mediante el incremento de su prestación por tener hijos a cargo. Además, se trata de trabajadores con ingresos entorno y por encima de la media, que tendrán garantizadas unas prestaciones por encima del salario más frecuente. Hasta ahora al legislador le ha parecido razonable compensar a este colectivo en los términos expuestos.

Sin embargo, si se da por válido este argumento, que las limitaciones en el principio de contributividad autorizan compensaciones en función de las circunstancias familiares, entonces, tal tipo de compensaciones podrían aplicarse a otros casos en los que tales limitaciones también se producen.

El más claro y general es del porcentaje aplicable a la base reguladora. Conforme a lo dispuesto en el art. 270.1 y 2 LGSS, la cuantía de la prestación resulta de aplicar un determinado porcentaje a la base reguladora formada por el promedio de la base de cotización por dicha contingencia durante los últimos 180 días. Estos porcentajes son variables a lo largo del tiempo, en concreto, del 70 % durante los ciento ochenta primeros días y del 50 % a partir del ciento ochenta y uno, y tienen como finalidad evitar que el desempleado se acomode en su situación de paro e incentivarle hacia un nuevo puesto de trabajo. Dicho de otro modo, se limita la contributividad en aras a incentivar la búsqueda de empleo.

Si tenemos en cuenta que, de acuerdo con los estudios realizados a nivel nacional e internacional, no existe evidencia empírica de que la salida hacia el empleo se acelere justo antes de la terminación (o reducción) de la prestación<sup>18</sup>, entonces sería perfectamente posible adaptar la cuantía de la prestación en atención a las circunstancias familiares sobre la base de los mismos argumentos que sirven ahora para hacerlo con las cuantías máximas y mínimas.

## 2. LOS SUBSIDIOS POR DESEMPLEO Y LAS “RESPONSABILIDADES FAMILIARES”

El campo de acción propio de las circunstancias familiares es la protección de naturaleza asistencial. Como hemos señalado antes, este tipo de protección tiene como objetivo la cobertura de las necesidades económicas del trabajador en relación con su subsistencia, en las que se puede englobar perfectamente las de su núcleo familiar. En particular, dos son los elementos de la protección susceptibles de modularse en atención a las circunstancias familiares, la cuantía y, también, la duración de los subsidios. Como vamos a ver inmediatamente, la protección asistencial en nuestro país únicamente ha hecho uso de la segunda, si bien también se refiere a las circunstancias familiares en los requisitos y en las causas de suspensión y extinción de los subsidios.

<sup>16</sup> Si la cuantía de la prestación resulta, conforme al art. 270.2 LGSS, de aplicar a la base reguladora los siguientes porcentajes del 70 por ciento durante los ciento ochenta primeros días y del 50 por ciento a partir del día ciento ochenta y uno, el incremento de las cuantías máximas (CM) beneficia a los que tienen bases reguladoras por encima de la máxima sin hijos ( $CM = BR \times 0,7$ ;  $BR = 1.098,09/0,7$ , donde BR es la base reguladora y 0,7 es el porcentaje durante los primeros 180 días) y por debajo de la base reguladora para la cuantía máxima con dos hijos ( $BR = 1.411,83 / 0,7$ )

<sup>17</sup> INE, Encuesta Anual de Estructura Salarial (EAES). Año 2016.

<sup>18</sup> NARENDRANATHAN, W.; STEWART, M.B., “How does the benefit effect vary as unemployment spells lengthen?”, *Journal of Applied Econometrics*, vol. 8, N.º. 4, 1993, pp. 361-381. MICKLEWRIGHT, J.; NAGY, G., “Living Standards and Incentives in Transition: the Implications of Unemployment Insurance Exhaustion in Hungary”, *Journal of Public Economics*, N.º. 73, 1999, pp. 97-319.. En el concreto caso de nuestro país, los estudios han encontrado evidencia de que la tasa de salida hacia el empleo se acelera justo antes de la expiración de la prestación, si bien las investigaciones más recientes parecen circunscribir este fenómeno al retorno a la misma empresa, pero no en el salto de una cantidad a otra. TOHARIA CORTÉS, L.; ARRANZ, J. M.; GARCÍA SERRANO, C.; HERNANZ, V., *El sistema español de protección por desempleo: equidad, eficiencia y perspectivas*, Secretaría de Estado de la Seguridad Social, Madrid, 2009, pp. 225-227.

## A) Las circunstancias familiares como “responsabilidades familiares”

Las circunstancias familiares son tomadas en cuenta en el nivel asistencial de protección a través del concepto “responsabilidades familiares”, que es definido en el art. 275.3 y 4 LGSS, «a los efectos de lo previsto en el artículo anterior», esto es, en relación a los requisitos de acceso de cada uno de los subsidios. Dos consecuencias pueden extraerse ya de esta simple mención. De una parte, que el tratamiento de las circunstancias familiares no es homogéneo entre niveles de protección pues, como vamos a ver, a pesar de las semejanzas, las diferencias son muy notables entre los “hijos a cargo” y las “responsabilidades familiares”. De otra, que cuando el legislador define las “responsabilidades familiares” está pensando fundamentalmente en que se trata de un requisito (barrera) de acceso, por más que pueda aprovecharse en relación a otros elementos de su régimen jurídico.

Este requisito, como el resto, ha de concurrir no sólo en el momento del hecho causante, sino también en el momento de su solicitud y durante todo el tiempo de disfrute del subsidio, así como en el momento de solicitud de sus prórrogas y reanudaciones, salvo en el supuesto de hijos que nazcan dentro de los 300 días siguientes al hecho causante<sup>19</sup>.

Pero, ¿en qué consisten las “responsabilidades familiares”? Según el art. 275.3 LGSS se consideran como tales tener a cargo al cónyuge, hijos menores de 26 años<sup>20</sup>, así como mayores incapacitados, e incluso menores acogidos<sup>21</sup>, siempre que la renta de la unidad familiar en su conjunto, incluido el solicitante, dividida entre el número de sus miembros, no supere el 75 % SMI, excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias. Por consiguiente, dos son los elementos a tener en cuenta, la relación de familiaridad (“tener familiares a cargo”) y la dependencia económica (carencia de rentas colectiva o familiar), debiéndose presentar ambos conjuntamente.

Por lo que hace al primero, a pesar del tenor literal del artículo 18.3 del RD 625/1985, «ya no requiere en ningún caso la convivencia de los parientes con el cabeza de familia, sino que lo verdaderamente importante es la dependencia económica»<sup>22</sup>. El art. 275.3 LGSS se encarga de definirla al señalar que «no se considerará a cargo el cónyuge, hijos [menores de veintiséis años o mayores incapacitados] o menores acogidos, con rentas de cualquier naturaleza superiores al 75 por ciento del salario mínimo interprofesional, excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias». Luego, *a sensu contrario*, se entiende por familiar a cargo al cónyuge, hijo menor de 26 años o mayor incapacitado o menores acogidos no tenga ingresos superiores a 735,90 euros mensuales. Nótese que la principal diferencia con el nivel contributivo es que aquí el ámbito subjetivo es más amplio, pues incluye al cónyuge y menores acogidos y no se exige la convivencia<sup>23</sup>.

Por lo que hace al segundo, la carencia de rentas colectiva o de la unidad familiar, una vez que se ha determinado que el trabajador desempleado cuenta con algún familiar a cargo, entonces hay que entrar a «dar solución al problema planteado desde la perspectiva familiar, tomando entonces en consideración todos los ingresos y todas las personas integrantes de la misma para poder llegar a determinar si la familia en su conjunto se halla en la situación de necesidad protegida contemplada por el precepto»<sup>24</sup>. De esta forma, se exige que la suma de ingresos de la unidad

<sup>19</sup> Art. 18.2 del RD 625/1985.

<sup>20</sup> Incluidos los hijos del otro cónyuge que convivan con el interesado (STS 23 septiembre de 1997 -RJ 1997, 6848).

<sup>21</sup> Aunque esta mención no aparece en la prestación contributiva, la doctrina la entiende extrapolable. DESDENTADO BONETE, A.; MERCADER UGUINA, J.R., *El desempleo como situación protegida: (un estudio sobre los problemas de acceso a la protección en el nivel contributivo y en el asistencial)*, Civitas, Madrid, 1996, p. 136.

<sup>22</sup> STS de 3 de mayo de 2000 (RJ 2000, 6619). En el mismo sentido: STS 30 mayo 2000, (RJ 2000, 5893); STS 27 julio 2000, (RJ 2000, 6639); STS 25 junio 2003, (Rec. 3192, 2002). BLÁZQUEZ AGUDO, E.M., *Protección por desempleo* I, Juruá Editorial, Lisboa, 2016, p. 106.

<sup>23</sup> En cuanto al requisito de la convivencia, no sería extensible la interpretación jurisprudencial antes enunciada para el nivel asistencial, puesto que para la prestación contributiva el art. 270 LGSS no define qué se entiende por “hijos a cargo”, por lo que se entiende que la regulación reglamentaria es plenamente válida.

<sup>24</sup> STS 19 de diciembre de 2000 (Rec. 1044/2000).

familiar, tanto de los que están a cargo como los que no, no supere los umbrales que hemos explicado más arriba<sup>25</sup>.

Este último es un requisito muy potente, que limita el acceso al subsidio o a la modulación de éste en atención al nivel de ingresos de la familia. Tradicionalmente únicamente se han tenido en cuenta las rentas del solicitante, excluyéndose del cómputo las de la unidad familiar<sup>26</sup>. Sin embargo, en los últimos años, hemos asistido a un progresivo incremento de la consideración de las rentas familiares (renta colectiva) a efectos del disfrute de determinados subsidios, ya sea directamente, ya sea a través de este requisito de las responsabilidades familiares.

Esta tendencia trae causa de un debate ciertamente interesante<sup>27</sup>, el de la contraposición de las exigencias propias de la protección por desempleo en su vertiente de política de empleo y, en particular, los deberes relativos a la búsqueda de empleo, que es de naturaleza individual; y el de la consideración del núcleo familiar a los efectos de la verificación de la situación de necesidad, que tiene carácter colectivo, de tal suerte que si el núcleo familiar no se encuentra en situación de necesidad, el desempleado no accederá a la protección asistencial por desempleo. Así, mientras que es al trabajador desempleado al que se le exigen (cada vez más) una serie de contraprestaciones a cambio de protección (la obligación de inscripción, de firma del compromiso de actividad, de búsqueda de un empleo, de asistencia a determinados tipos de formación, etc.), paralelamente se introducen otros elementos que nada tienen que ver con la tradicional consideración individual de la protección por desempleo. El leitmotiv subyacente de la incorporación de las rentas colectivas es que la protección asistencial por desempleo ha de circunscribirse a los casos más graves, trasladando la cobertura de la contingencia por desempleo a la familia en los casos en los que cuenten con ingresos suficientes para el sostenimiento de todos sus integrantes. Sobre esto volveremos más adelante.

Al margen de lo anterior, el encaje jurídico de las responsabilidades familiares se produce de forma mucho más natural en relación con la duración y cuantía de los subsidios que en los requisitos de acceso. A su estudio dedicamos el siguiente apartado.

## B) La incidencia en la duración y el silencio en la cuantía

Como decíamos, el ámbito natural de incidencia de las circunstancias familiares, responsabilidades familiares conforme a la LGSS, es de los elementos configuradores de la intensidad de la protección por desempleo y, en particular, la cuantía y duración de los subsidios.

Por lo que hace al primero, el nivel asistencial de protección por desempleo en España se caracteriza por su extraordinaria rigidez en lo que hace a la consideración de las circunstancias familiares. Esto no solamente supone una anomalía respecto de estos otros modelos comparados, en los que lógicamente la cuantía se adapta a las necesidades del núcleo familiar, sino que contrasta con la tendencia, del lado de los requisitos de acceso, a tener en cuenta las rentas familiares en lo que hace a la causación del subsidio, a la que acabamos de hacer mención. En efecto, desaparecido el subsidio especial para mayores de 45 años (antiguo art. 217.2 LGSS-94), hoy la cuantía general de los subsidios por desempleo (el 80 % del IPREM) no experimenta alteración alguna en función de las responsabilidades familiares.

Idéntica cuantía general se establece para la RAI, sin que se prevea modulación alguna por las circunstancias personales o familiares<sup>28</sup>; el Programa temporal de protección por desempleo e

<sup>25</sup> La STSJ Madrid 17 de marzo de 2014 (JUR 2014, 107605) entiende que en la renta de los integrantes de la unidad familiar deben incluirse además las pagas extra.

<sup>26</sup> SSTs 18 de julio de 1994 (RJ 1994, 7054) y 13 de noviembre de 1997 (RJ 1997, 8311).

<sup>27</sup> Una interesante reflexión sobre esta contradicción puede encontrarse en CABEZA PEREIRO, J., "El nuevo régimen jurídico del desempleo", en *Desempleo: XIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones, 2004, pp. 583-660.

<sup>28</sup> Art. 4 RD. 1369/2006, de 24 de noviembre, por el que se regula el programa de renta activa de inserción para desempleados con especiales necesidades económicas y dificultad para encontrar empleo (BOE 05-12-2006, N.º. 290 - (...)

inserción (PRODI)<sup>29</sup>; el Programa de Activación para el Empleo (PAE)<sup>30</sup>; y el subsidio extraordinario por desempleo<sup>31</sup>.

La única excepción a esta regla general es el Programa de recualificación profesional de las personas que agoten su protección por desempleo (PREPARA), que prevé que en el caso de que el beneficiario tenga a cargo en el momento de la solicitud, al menos, a tres miembros de la unidad familiar, la ayuda será equivalente al 85 % del IPREM, considerándose como familiar a cargo al cónyuge y/o hijos menores de 26 años, o mayores con una discapacidad en grado igual o superior al 33 por ciento o menores acogidos, y que carezcan individualmente de rentas propias superiores al 75 %<sup>32</sup>. Para el resto de beneficiarios, la ayuda se rebaja, sin embargo, al 75 % del mismo indicador.

De esta forma puede concluirse que la intensidad de la protección de nuestro nivel asistencial, RAI y programas extraordinarios muestra una fuerte rigidez en cuanto a las circunstancias personales o familiares del trabajador desempleado, lo que afecta de una forma decisiva a la equidad del sistema. Esto tiene especial significación si se tiene en cuenta que España se caracteriza por un déficit de políticas sociales de apoyo a la familia en comparación con otros países europeos, por lo que los subsidios por desempleo ocupan el lugar que en estos otros modelos ocupan tales tipos de políticas.

En lo que hace al segundo, la duración de los subsidios, el panorama es distinto, pues, como vamos a ver, las responsabilidades familiares tienen un papel muy activo. A efectos de clarificar la explicación, conviene distinguir según subsidios y/o subniveles de protección.

Comenzando por los subsidios previstos en la LGSS, las responsabilidades familiares afectan a la duración de los subsidios de prolongación de la cobertura (art. 277.1 LGSS) y al subsidio contributivo (art. 277.2 LGSS). En los subsidios asistenciales puros la duración no está influida por las responsabilidades familiares, pues serán seis meses prorrogables, por períodos semestrales, hasta un máximo de dieciocho meses (art. 277.1 LGSS). En el caso del subsidio de mayores de 55 años, tampoco tiene incidencia puesto que se extiende, como máximo, hasta que el trabajador alcance la edad que le permita acceder a la pensión contributiva de jubilación, en cualquiera de sus modalidades (art. 277.3 LGSS). Esto no quiere decir que las responsabilidades familiares no tengan incidencia alguna en estos subsidios, sino que lo hacen por otras vías distintas a la duración.

Por lo que hace al primer caso, los subsidios de prolongación, los elementos clave a la hora de determinar la duración del subsidio son, por este orden, la tenencia o no de responsabilidades familiares y la edad. De esta forma, el primero de los requisitos da lugar a la entrada en un determinado ámbito de protección en lo que hace a la duración y, a partir de ese momento, en combinación con el de la edad, se concreta la duración de la prórroga en la protección. La duración de la prestación extinguida también es una variable moduladora de la duración del subsidio, pero, a diferencia de los anteriores, no tiene un carácter general o vertebrador, sino que, como vamos a ver, únicamente incide en una parte de los supuestos posibles. Por ello, se puede hablar, en el primer caso, de criterios generales de determinación de la duración, mientras que en este segundo nos encontraríamos ante uno de naturaleza especial.

---

en adelante RD. 1369/2006-). Para el estudio en profundidad, ESTEBAN LEGARRETA, R., *La renta activa de inserción*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

<sup>29</sup> Art. 5 del Real Decreto-ley 10/2009, de 13 de agosto, por el que se regula el programa temporal de protección por desempleo e inserción (BOE 15-08-2009, núm. 197).

<sup>30</sup> Art. 7 del Real Decreto-ley 16/2014, de 19 de diciembre, por el que se regula el Programa de Activación para el Empleo (BOE 20-12-2014, núm. 307).

<sup>31</sup> de la disposición adicional vigésima séptima.5 b) LGSS, añadida por la disposición final cuadragésima.Cinco de la LPGE 2018.

<sup>32</sup> Art. 1.5 del Real Decreto-ley 14/2017, de 6 de octubre, por el que se aprueba la reactivación extraordinaria y por tiempo limitado del programa de recualificación profesional de las personas que agoten su protección por desempleo (BOE 7-10-2017, núm. 242). La variación de la cuantía en función de las responsabilidades familiares fue introducida por el RDL. 23/2012.

Así las combinaciones posibles son las siguientes. En un primer bloque se encontrarían: a.1) si se carecen de responsabilidades familiares y se es menor de 45 años, entonces no existe previsión de subsidio alguno, por lo que agotado el contributivo, se estará desprotegido frente al desempleo (salvo que el sujeto pudiera ser objeto de protección por otros subsidios asistenciales, la RAI o un programa extraordinario); a.2) si no se ostentan responsabilidades familiares pero se es mayor de 45 años, en tal caso se otorga un subsidio de seis meses «improrrogables».

En un segundo bloque, relativo a trabajadores desempleados con responsabilidades familiares, podemos distinguir: b.1) si es mayor de 45 años y ha agotado una prestación previa de menos de ciento veinte días, tendrán un subsidio de hasta dieciocho meses; b.2) si en idénticas circunstancias, la prestación agotada fuera mayor de ciento veinte días, se extenderá el subsidio hasta los veinticuatro meses; b.3) si también en idéntico caso, la prestación agotada es al menos de ciento ochenta días, el subsidio se podrá prorrogar hasta los treinta meses; b.4) si el trabajador es menor de 45 años y ha agotado una prestación de al menos de ciento ochenta días, se podrá acceder a un subsidio de hasta veinticuatro meses; b.5) por último, en idénticas circunstancias de edad, si la prestación anterior fue de menos de ciento ochenta días, entonces se aplica la regla general, por lo que el subsidio podrá llegar a alcanzar hasta dieciocho meses.

De lo dicho hasta aquí destacan tres reflexiones. La primera de ellas se refiere a la amalgama de submodalidades, unas previstas expresamente y otras por deducción *sensu contrario*, en que se subdividen el subsidio de prolongación de la protección<sup>33</sup>. La segunda se centra en la falta de coherencia interna entre la regulación prevista para la duración de la prestación y a la relativa a los subsidios, de la que esta modalidad es el máximo exponente (<sup>34</sup>). La última, que es la más importante a los efectos de lo que aquí nos ocupa, conecta con los requisitos utilizados para la configuración de su duración, las responsabilidades familiares y la edad, con una cierta predominancia de la primera respecto de la segunda, pues es la que determina el acceso a las duraciones más generosas.

Por lo que hace al subsidio contributivo, de nuevo las responsabilidades familiares juegan un papel relevante, si bien en este caso la edad no tiene incidencia alguna. Así, en el caso de que se tengan cargas familiares, la duración se establece en función de los meses cotizados, en una escala que va desde los tres meses a los cinco con equivalentes días de cotización y, a partir del sexto y hasta el undécimo (con doce se podría acceder a la prestación contributiva), se tendría derecho a 21 meses de prestación. Por el contrario, en caso de que se carezcan de responsabilidades familiares, y como ocurría en el subsidio de prolongación, la duración será de seis meses «improrrogables». Además, las cotizaciones empleadas para el nacimiento de este subsidio no podrán ser tenidas en cuenta para el reconocimiento de un futuro derecho de nivel contributivo.

Teniendo en cuenta esta naturaleza cuasi-contributiva<sup>35</sup> o mixta<sup>36</sup>, sorprende que se haga depender únicamente la duración de un subsidio asistencial de la cotización previa y que, a la vez, se mantengan los requisitos típicos de este nivel de protección y, en particular, la cuantía de la prestación, que en este caso no se hace depender de la cotización, ni, como vimos, de ningún otro elemento. De esta forma, ni se opta por la vía contributiva en todos sus elementos clave, pues si se exige como requisito para el acceso una cotización previa, ésta, a su vez, debería determinar en

<sup>33</sup> Lo que no es más que una muestra de la fuerte complejidad interna que caracteriza a este nivel de protección. ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., “La protección del desempleo: su polémico carácter contributivo y su adecuación a los trabajadores con empleo atípico”, en *Debatos sobre el empleo en España*, 1992, Ministerio de Trabajo y de Seguridad Social, p. 89.

<sup>34</sup> Mientras que en aquella la relación entre cotización y duración se establece en días, en el nivel asistencial todo lo relativo a la duración se fija en meses, incluida la modalidad de prolongación que, como acabamos de señalar, se remite a la duración de la prestación en días, pero fija la duración del subsidio en meses. Parecería lógico que en aras a una mayor congruencia interna se optara por una única variable común, que serían los días.

<sup>35</sup> Frecuentemente criticada y que le han llevado a ser denominado como una prestación «de baja calidad» MONEREO PÉREZ, J. L., *El sistema de protección por desempleo en España*, cit., p. 172.

<sup>36</sup> GONZÁLEZ ORTEGA, S., “La protección por desempleo”, cit., pp. 336-347.

todo o en parte su cuantía y duración<sup>37</sup>; ni se recorre la de la asistencial, pues las responsabilidades familiares debieran jugar, especialmente y quizá en mayor medida que en la duración, en la cuantía del subsidio.

### C) Las “responsabilidades familiares” como requisito de acceso y mantenimiento

La última área de incidencia de las responsabilidades familiares en la configuración de los subsidios por desempleo es el de los requisitos de acceso (art. 274.1 y 3 LGSS) y las causas de suspensión y extinción (art. 279 LGSS), que al fin y al cabo determinan su mantenimiento.

En lo que hace a lo primero, las responsabilidades familiares son expresamente mencionadas en lo que hace al acceso a los subsidios de prolongación de la cobertura (art. 274.1 a) y b) LGSS) y al (art. 274.3 LGSS). De su lectura, podría pensarse que estamos ante meros elementos graduadores de la protección dispensada, en particular en lo que respecta a su duración, tal y como tuvimos ocasión de analizar. Sin embargo, un análisis detenido enseguida nos muestra que nos encontramos también ante exigencias cuyo cumplimiento dan pie al acceso al subsidio.

En efecto, *a priori* el sistema dispensa protección a quienes hubieran agotado la prestación o hayan cotizado un número determinado de meses (cumpliendo los restantes requisitos), ya ostenten o no responsabilidades familiares. Sin embargo, dentro del grupo de los que carecen de responsabilidades familiares, no todos van a estar protegidos, pues el precepto advierte que tendrán derecho a subsidio únicamente los mayores de 45 años o que hayan cotizado al menos 6 meses.

En el primer caso, es la edad avanzada del trabajador (y las dificultades de encontrar un puesto de trabajo en tales circunstancias) la que explica que se abra una excepción al supuesto anterior, permitiéndose que se pueda mantener la protección frente al paro que el sistema dispensa, aun cuando no se ostenten responsabilidades familiares<sup>38</sup>. En el segundo, se abre la posibilidad de acceder al subsidio contributivo a todos los que cumplan los requisitos generales de acceso a los subsidios, aunque se les exige algo más de cotización. En ambos, cabe preguntarse si las responsabilidades familiares actúan como requisito flexibilizador del acceso, pues permiten conservar la cobertura con independencia de la edad o acceder a ella con un menor número de meses cotizados; o si tiene una entidad jurídica suficiente como para calificar el subsidio.

Para poder responder a esta pregunta, podemos utilizar dos tipos de elementos diferentes. Por una parte, el origen histórico de esta regulación. Por otra, la presencia de este requisito en otros aspectos regulatorios (normativa relativa al mantenimiento de los subsidios) y en otras fórmulas de protección (programas extraordinarios).

Comenzando por lo primero, el origen histórico<sup>39</sup> del concepto “responsabilidades familiares” se encuentra en art. 25.1 a) de la Ley 51/1980, de 8 de octubre, básica de empleo<sup>40</sup>. En ese momento, la importancia de este requisito es tal, que califica a uno de los dos subsidios que entonces se crearon: el subsidio de responsabilidades familiares (apartado a), frente al de emigrantes retornados (apartado b)). Posteriormente, la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de protección por desempleo<sup>41</sup> amplía el conjunto de subsidios y, por lo que aquí respecta, da al subsidio de responsabilidades familiares un carácter bifronte, pues se puede acceder a él porque se haya agotado la prestación o porque no se reúna la carencia necesaria para causarla. Esta diversificación no impidió a la doctrina seguir calificándolo como “subsidio de responsabilidades

<sup>37</sup> ALARCÓN CARACUEL, M.R., “El desempleo: niveles de protección, régimen de prestaciones”, en *Comentarios a la nueva legislación laboral*, Tecnos, Madrid, 1985, p. 251.

<sup>38</sup> En el mismo sentido similar COLLADO GARCÍA, L.; PIQUERAS PIQUERAS, M. C., *El subsidio por desempleo: un estudio del nivel asistencial de protección*, Trotta, Madrid, 1997, pp. 78-85.

<sup>39</sup> SOUTO PRIETO, J., “Protección por desempleo en el nivel asistencial: Beneficiarios. Responsabilidades familiares”, *Cuadernos de derecho judicial*, 10, 1996, pp. 14-21.

<sup>40</sup> BOE de 17 de octubre de 1980, núm. 250.

<sup>41</sup> BOE de 4 de agosto de 1984, núm. 186.

familiares”, si bien con dos modalidades<sup>42</sup>. No obstante, ya en aquel momento hubo quien planteó dudas en torno al llamado subsidio contributivo, pues entendían que se trataba más de un subsidio de disfrute *ex ante* de un subsidio posterior, en cualquiera de sus modalidades, que de un subsidio por responsabilidades familiares propiamente dicho<sup>43</sup>.

Posteriormente los subsidios se han venido ampliando desde el punto de vista subjetivo hasta alcanzar el estadio anteriormente enunciado. Así las cosas, el subsidio originario de responsabilidades familiares puede disfrutarse hoy aún cuando no se tengan, si es mayor de 45 años; el subsidio contributivo, tampoco requiere necesariamente este requisito para su disfrute.

De otra parte, el segundo de los elementos a que hicimos referencia tiene que ver con el empleo de las responsabilidades familiares en otros ámbitos de regulación. Dentro de lo que expresamente menciona la LGSS, el art. 279 establece que la inexistencia de responsabilidades familiares por tiempo inferior o superior a los 12 meses produce la suspensión o extinción de los subsidios respectivamente. En este sentido, las responsabilidades familiares no solamente son causa de acceso, sino también de mantenimiento de la cobertura, cuya desaparición coyuntural o permanente deriva en la suspensión o extinción de los subsidios. Sin embargo, al margen de esto, poco más nos aportan este precepto en lo que hace a la significación jurídica de las responsabilidades familiares.

Cuestión distinta es el caso de la protección extraordinaria. La disposición adicional vigésima séptima LGSS establece entre los requisitos de acceso al subsidio extraordinario «carecer de rentas, de cualquier naturaleza, superiores en cómputo mensual al 75 por ciento del salario mínimo interprofesional, excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias, y acreditar responsabilidades familiares», que son definidas por remisión a lo dispuesto en el art. 275 LGSS. Idéntica regulación se establecía en el PAE (art. 2 f) RD-Ley 16/2014), PREPARA (art. 1.2 b) Real Decreto-ley 14/2017)<sup>44</sup>.

Como puede comprobarse, la más reciente configuración jurídica de la protección extraordinaria es muy semejante al del originario subsidio de responsabilidades familiares<sup>45</sup>. Ello es lógico pues ambos persiguen el mismo objetivo, el del servir de complemento a la protección ordinaria dispensada por el sistema. De hecho, el primer subsidio de responsabilidades familiares formaba parte de lo que se denominaban «prestaciones complementarias». En aquella época, los subsidios venían a complementar, la protección básica dispensada por la prestación. Hoy, el subsidio extraordinario viene a complementar la protección ordinaria del sistema, ya sea a través del nivel contributivo o del nivel asistencial.

Si a todo esto le unimos la finalidad en cuanto a sujetos protegidos de cada uno de los subsidios, podemos concluir cuál es el panorama actual del paquete de subsidios del nivel asistencial en su conexión con las responsabilidades familiares. En efecto, en el momento del nacimiento del subsidio de “responsabilidades familiares” se le bautizó así porque la cobertura no se otorgaba tanto por las circunstancias personales del trabajador desempleado, como por la situación de su familia<sup>46</sup>, caracterización que puede mantenerse hasta nuestros días<sup>47</sup>.

Si tenemos esto en cuenta, la incorporación de otros requisitos en el caso del subsidio contributivo ha provocado que las responsabilidades familiares, aun conservando una posición

<sup>42</sup> SOUTO PRIETO, J., “Protección por desempleo en el nivel asistencial”, cit., pp. 21-44.

<sup>43</sup> LÓPEZ GANDÍA, J., “El subsidio de desempleo y las responsabilidades familiares”, *Actualidad laboral*, 2, 1986, p. 1834.

<sup>44</sup> No así, la RAI (art. 2.1 d) Real Decreto 1369/2006) y el PRODI (art. 2.1 a) Real Decreto-ley 10/2009), que sigue la regulación del subsidio para mayores de 55 años, que vamos a abordar en el siguiente epígrafe.

<sup>45</sup> Art. 25.1 a) LBE: «los trabajadores mayores de dieciocho años y menores de sesenta y cinco, incluidos en el Régimen General de Prestaciones por Desempleo, que carezcan del derecho a las mismas por haber agotado la prestación, siempre que no se les haya ofrecido colocación en el plazo de los treinta días siguientes y que, careciendo de rentas de cualquier naturaleza superiores al salario mínimo, tengan a su cargo responsabilidades familiares».

<sup>46</sup> LÓPEZ GANDÍA, J., “El subsidio de desempleo y las responsabilidades familiares”, cit., p. 1834.

<sup>47</sup> RODRÍGUEZ PASTOR, G. E., “Subsidio por desempleo y programas rai, prepara y activación para el empleo: cómputo de rentas y responsabilidades familiares”, en *Puntos críticos en la protección por desempleo y el cese de la actividad autónoma*, Thomson Reuters-Aranzadi, 2014, pp. 119-142.



jurídica muy destacada, no tenga hoy un papel central. Así las cosas, el objeto de protección de este subsidio, hoy en día, no es la familia, sino los trabajadores sometidos a alta rotación (que en términos generales y no técnicos podrían denominarse, para simplificar, precarios), que por sus condiciones de trabajo no alcanzan a gozar de la protección dispensada por el nivel contributivo. Tal protección se les otorga por el simple hecho de que sus carreras profesionales son cortas, normalmente por intermitentes, si bien el hecho de contar con responsabilidades familiares rebaja la barrera de entrada. Nótese que aquí las circunstancias familiares intervienen en un estadio posterior, secundario, frente a la relación de paridad que tenía con las cotizaciones en el momento de creación de este subsidio.

Sin embargo, aún con esto, los subsidios por responsabilidades familiares en nuestro ordenamiento jurídico siguen siendo dos. De una parte, el originario, hoy contenido en el art. 274.1 a) LGSS, que prorroga la protección dispensada por el sistema, a través del nivel asistencial, no por las circunstancias personales del trabajador desempleado<sup>48</sup> (como ocurre con el caso del apartado b)). De otra, el nuevo de la disposición adicional vigésima séptima LGSS, que prolonga la protección dispensada por el sistema, a través de un mecanismo extraordinario, en atención también a las circunstancias familiares del beneficiario. Nótese que, sin estar planeado, el resultado de toda esta evolución es bastante coherente, pues la naturaleza jurídica de los subsidios es idéntica. En ambos casos se trata de subsidios de prolongación, “complementarios” utilizando la terminología de la LBE, pues extienden la protección entre niveles: del contributivo al asistencial y del asistencial al extraordinario.

Pero si problemática ha resultado la evolución y aplicación del concepto de “responsabilidades familiares”, más lo es aún otro más reciente y relativamente próximo, el de “rentas familiares”. A su estudio dedicamos el siguiente apartado.

#### D) La problemática aplicación de las “rentas familiares” y su aproximación a las “responsabilidades familiares”

La RAI y, en su momento, el subsidio para mayores de 55 años y el PRODI, aunque no incluían expresamente las responsabilidades familiares entre los requisitos de acceso a la protección, sí aplicaban una definición de carencia de rentas que está muy próxima a lo que hemos estudiado como responsabilidades familiares.

En efecto, anteriormente hemos dicho que las responsabilidades familiares se definían sobre la concurrencia de dos elementos: la relación de familiaridad (“tener familiares a cargo”) y la dependencia económica (carencia de rentas colectiva o familiar). En el caso de estos subsidios, el primero de estos requisitos no se exige, sino solamente el segundo. Dicho de otra forma, no se requiere tener familiares a cargo, pero si se tienen familiares, a cargo o no, sus rentas habrán de computarse a efectos de la carencia colectiva o familiar de rentas.

Esto determina que, aunque el desempleado carezca de rentas en los términos expuestos, si tiene cónyuge y/o hijos menores de 26 años, o mayores incapacitados o menores acogidos, únicamente se entenderá cumplido el requisito de carencia colectiva o familiar de rentas cuando la suma de las rentas de todos los integrantes de la unidad familiar así constituida, incluido el solicitante, dividida por el número de miembros que la componen, no supere el 75 % del salario mínimo interprofesional, excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias. De esta forma, para una unidad familiar integrada por dos miembros, el tope máximo sería 1.103,86 euros mensuales, mientras que si tal unidad familiar se incrementara con un hijo menor de 26 años, la

<sup>48</sup> Antes del nacimiento del subsidio extraordinario, ya la doctrina reservaba la denominación “subsidio por responsabilidades familiares” únicamente para este tipo. *Ad ex.* VIDA SORIA, J., “Régimen jurídico del subsidio por desempleo en los casos de agotamiento de la prestación contributiva: el subsidio por «responsabilidades familiares»”, *Cuadernos de derecho judicial*, vol. XXVIII, 1993, pp. 185-202. TOSCANI GIMÉNEZ, D., *El nivel asistencial de protección por desempleo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003, p. 52.

cuantía se incrementaría hasta 1.655,77 euros al mes<sup>49</sup> (o, si se prefiere, en ambos casos, 551,93 euros mensuales por miembro).

Antes de analizar la problemática que las rentas familiares plantean, conviene hacer una advertencia en relación al subsidio para mayores de 55 años, que es probablemente el subsidio en el que la incorporación de este requisito ha resultado más controvertida. En la actualidad, lo cierto es que para causar este subsidio no es necesario contar con unas rentas familiares por integrante inferiores al 75 % del SMI. El motivo es que la STC 61/2018, de 7 de junio<sup>50</sup> ha declarado inconstitucional y nulo, entre otras, la disposición final primera del Real Decreto-ley 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo<sup>51</sup>, que incorporó este requisito a la LGSS. La causa nada tiene que ver con el contenido del requisito, sino con la norma que lo contenía. Entiende el Tribunal Constitucional que el mencionado Real Decreto-Ley, en relación con la norma en cuestión, no cumplió con las exigencias del art. 86 CE en lo que hace a la concurrencia de una extraordinaria y urgente necesidad.

Aunque el actual Gobierno no parece que vaya a rescatar el mencionado requisito (más bien al contrario, se ha mostrado partidario de volver a la regulación previa del entonces subsidio para mayores de 52 años<sup>52</sup>), la reflexión en torno a si este subsidio ha de incorporar entre sus requisitos las rentas familiares no ha perdido vigencia. En primer lugar, porque la RAI sigue conservándolo. En segundo lugar, porque su desaparición de nuestro ordenamiento jurídico lo ha sido por motivos formales y, por tanto, nada impediría su rescate. Por último, porque conviene con carácter general analizar cuál es el encaje jurídico más apropiado para el requisito de las rentas familiares en los distintos tipos de subsidios.

Sobre este particular ya advertimos que, aunque la consideración de las rentas familiares evita supuestos en los que, quedando salvaguardados los medios suficientes para la subsistencia por la unidad familiar (en ocasiones de forma sobrada), el trabajador podía acceder al subsidio, lo que parece contrario a esta forma de protección; sin embargo, se produce una falta de encaje completo, teniendo en cuenta que las prestaciones por desempleo son, con carácter general, de naturaleza estrictamente individual.

Al margen de lo anterior, algunos otros argumentos deben tenerse en cuenta. En primer lugar, la aproximación de las responsabilidades familiares al plano meramente económico y la extensión de la carencia colectiva de rentas como requisito de acceso y mantenimiento de las prestaciones ha conllevado que las diferencias entre ambos requisitos sean hoy mínimas. En todos los casos analizados se van a computar las rentas colectivas o familiares y, además, en algunos particulares (los subsidios de prolongación y en el contributivo), se exige tener algún familiar a cargo, esto es, cuyas rentas no superen el 75 % del SMI.

Si la tendencia es una monetarización de las responsabilidades familiares, lo que facilita el cálculo y comprobación de la realidad de la situación, y, al final, todas las rentas del núcleo familiar van a ser computadas, no se entiende por qué en el caso de las responsabilidades familiares se le sigue requiriendo ese plus adicional. Quizá lo más lógico es culminar la evolución simplemente verificando que el conjunto de la unidad familiar depende del trabajador desempleado, esto es, identificando responsabilidades familiares con rentas colectivas o familiares.

<sup>49</sup> Disposición final primera del RDL. 5/2013.

<sup>50</sup> BOE de 7 de julio de 2018, núm. 164.

<sup>51</sup> BOE de 16 de marzo de 2013, núm. 65.

<sup>52</sup> Así lo ha hecho saber la Ministra de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social al Congreso en su comparecencia de 11 de julio de 2018. Puede consultarse el texto íntegro en: <http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Publicaciones/DiaSes/Com>. Además, el principal partido de los que apoyan al Gobierno ha mostrado también la misma postura. Véase a este respecto su Proposición de Ley del grupo confederal de Unidos Podemos -En Comú Podem -En Marea sobre protección por desempleo: [http://www.congreso.es/public\\_oficiales/L12/CONG/BOCG/B/BOCG-12-B-244-1.PDF](http://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/BOCG/B/BOCG-12-B-244-1.PDF)

Nótese, sin embargo, que el grado de exigencia de la configuración legal actual es máximo. La actual definición de responsabilidades familiares implica verificar, de una parte, que existe algún sujeto en la unidad familiar que depende económicamente de otros (requisito de familiaridad) y, además, que esa dependencia económica lo es fundamentalmente de la persona que se encuentra en desempleo, lo que implica que el conjunto de la unidad familiar también depende de él. Dicho de otra forma, no se exige que exista un sujeto que dependa económicamente del desempleado, sino que lo sea fundamental o principalmente de él. La alternativa sería pensar que siempre que un sujeto muestra dependencia económica, lo hace respecto de su núcleo familiar, de tal forma que el trabajador desempleado, integrante también de tal núcleo, es responsable, en mayor o menor medida de tal sujeto. Frente a esta opción, como decíamos, el legislador ha optado por corroborar que es dependiente principalmente del beneficiario del subsidio y que el conjunto de la unidad familiar depende también de él.

En segundo lugar, y en relación con lo anterior, cabe preguntarse si resulta justificado que dentro del concepto de responsabilidades familiares se exija la carencia colectiva de rentas o familiar de rentas. Como acabamos de señalar, con el requisito de la familiaridad, la norma ya está corroborando la existencia de una responsabilidad familiar, pues al menos existe un sujeto que depende económicamente de la unidad familiar. Exigir, además, que no existan otras fuentes principales de renta y que por tanto ese sujeto y el conjunto de la unidad familiar dependa económica y principalmente del potencial beneficiario no resulta incongruente, pero sitúa la exigencia de responsabilidades familiares en su grado máximo, pues bastaría simplemente con comprobar que existe un sujeto dependiente, con independencia de que lo sea en mayor o menor medida del beneficiario. Al fin y al cabo, en activo, el sujeto también sería dependiente del núcleo familiar, sus integrantes tendrían responsabilidades familiares, con independencia del peso de cada una de ellas. En todo caso, la exigencia de que el conjunto de la unidad familiar dependa del beneficiario no hace más que corroborar el fundamento último de las modalidades de subsidio que la lleva aparejada: de lo que se trata es de proteger a la familia, más que al trabajador desempleado.

En tercer lugar, en relación al requisito de la carencia colectiva de rentas, la pregunta es en qué medida su exigencia es coherente con el conjunto de la regulación del sistema de protección por desempleo. Como hemos visto, esta exigencia se ha desgajado de las responsabilidades familiares para extenderse al subsidio para mayores de 55 años y algunos programas extraordinarios. A pesar de que es un requisito próximo a las responsabilidades familiares no se identifica con él, pues aquí no se pretende saber si el sujeto cuenta con personas a su cargo. Más bien al contrario, el propósito es conocer si el núcleo familiar depende del beneficiario o, en caso contrario, si la familia puede responsabilizarse económicamente de éste.

Esto genera importantes problemas de encaje jurídico. Por una parte, ya hemos hecho mención a la incongruencia que significa poner en un mismo plano un derecho de naturaleza especialmente subjetiva como es el desempleo con exigencias que nada tienen que ver con el propio sujeto. Esto únicamente es admisible en aquellas modalidades de prestaciones en las que el objetivo principal es la protección de la familia<sup>53</sup>. En tales casos, resulta congruente verificar cuál es el nivel de rentas familiar o colectivo, pues esto no es más que la directa traslación del requisito general de carencia de renta a los subsidios de responsabilidades familiares.

Pero al margen de esto, llevar esta regla a ámbitos distintos de los subsidios por responsabilidades familiares, implica un traslado de la responsabilidad acerca de la cobertura del riesgo social desde el Estado a la familia, lo cual está lejos de ser una nota característica de un moderno Estado del bienestar<sup>54</sup> y de un sistema de protección por desempleo avanzado.

<sup>53</sup> LÓPEZ GANDÍA, J., "El subsidio de desempleo y las responsabilidades familiares", cit., pp. 1833-1836.

<sup>54</sup> De hecho, el origen es justo el contrario. Entre las fórmulas más antiguas de protección frente al desempleo está la familia. BLASCO RASERO, C., *La familia en el derecho de la seguridad social*, Thomson Reuters-Aranzadi, 2003, p. 22.

Asimismo, también supone una descubierta de la independencia económica (mínima) del trabajador desempleado y también del núcleo familiar<sup>55</sup>, pues se corre el riesgo de llevar al extremo las exigencias derivadas de que uno de sus miembros se encuentre en desempleo, de tal forma que no solamente se deteriora la situación económica del sujeto, sino también la de la familia, más allá de lo que resultaría necesario e imprescindible, esto es, más allá del natural impacto de la situación de desempleo sobre el núcleo familiar. En efecto, entender los derechos sociales en un sentido avanzado implica que éstos han de estar también dirigidos a garantizar una cierta independencia del mercado, por lo que denegar el subsidio a aquel cuyo núcleo familiar puede sustentarle implica limitar su propia autonomía de actuación, a la vez que se ejerce una fuerte presión sobre la del conjunto del núcleo familiar.

Por último, no debemos olvidar que nos encontramos en un estadio de la protección por desempleo que no suele afectar precisamente a quienes mejor se encuentran, sino a quienes caen de forma recurrente en el paro o suelen encontrarse en riesgo de paro de la larga duración<sup>56</sup>. En este sentido, no parece que sean los tipos de subsidios más apropiados para establecer exigencias de acceso o mantenimiento más rigurosas (otra cosa es, las que tengan que ver con la reinserción en el mercado de trabajo).

Así las cosas, parece que existen buenos argumentos para dotar de un tratamiento homogéneo a las “responsabilidades familiares” y las “rentas familiares”. Si se entiende que a la luz de las circunstancias concurrentes en nuestro mercado de trabajo se han de mantener unos niveles de exigencia altos, entonces se puede optar por identificar la segunda con la primera, prescindiendo de la rémora histórica del familiar a cargo. Esto simplificaría la verificación y control de los requisitos y no supone una excesiva rebaja en las exigencias, pues al fin y al cabo se sigue exigiendo que el conjunto de la unidad familiar carezca de medios económicos suficientes lo que, como ya quedó explicado, se verifica para cada uno de sus integrantes<sup>57</sup>.

También para circunscribir el requisito de las responsabilidades familiares, se le dé el contenido que se le dé, al ámbito que le es propio, el de los subsidios de responsabilidades familiares, aquellos en los que la cobertura se otorga o se extiende por la situación de necesidad detectada en el núcleo familiar. Como hemos intentado demostrar, tal función la cumplen hoy únicamente el subsidio de responsabilidades familiares ordinario (art. 274.1 a) LGSS) y el subsidio de responsabilidades familiares extraordinario (disposición adicional vigésima séptima LGSS), con la particularidad de que en ambos casos se prolonga la cobertura en atención a dichas circunstancias familiares.

Por el contrario, debería descartarse para el caso del subsidio de mayores de 55 años, pues la finalidad primordial de esta prestación no es la protección de la familia, sino la de un tipo de desempleado con especiales dificultades para retornar al empleo. Esta es la causa última de creación de este subsidio, lo que nada tiene que ver con las circunstancias familiares. Idénticas conclusiones debieran extraerse para la RAI, pues en este caso la protección se otorga en atención a un colectivo específico de trabajadores, los mayores de 45 años que son parados de larga duración, cuyas dificultades de acceso al empleo son más que obvias y, de ahí, la especial protección que le ha de dispensar el sistema<sup>58</sup>.

<sup>55</sup> MONEREO PÉREZ, J. L., “La política social en el Estado del Bienestar: los derechos sociales de la ciudadanía como derechos de «desmercantilización»”, *Revista de trabajo y Seguridad Social*, 19, 1995, pp. 7-46.

<sup>56</sup> TOHARIA CORTÉS, L. Y OTROS, *El sistema español de protección por desempleo: equidad, eficiencia y perspectivas*, cit., p. 137.

<sup>57</sup> «Cuando la suma de las rentas de todos los integrantes de la unidad familiar así constituida, incluido el solicitante, dividida por el número de miembros que la componen, no supere el 75 por ciento del salario mínimo interprofesional, excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias» (art. 275.2 LGSS).

<sup>58</sup> En los últimos años la RAI se ha convertido en un subsidio de prolongación, de ahí que su futuro vaya ligado al de resto de subsidios integrantes de la protección extraordinaria. Al parecer, los planes previstos son su sustitución por un subsidio único denominado Renta Complementaria de Desempleo (RED). Dependiendo su finalidad, las responsabilidades familiares y/o renta familiar podrán jugar o no un papel destacado en su regulación. Si la cobertura se prolonga en atención a las circunstancias familiares del sujeto, desde luego que sí. Si por el contrario, se buscara proteger determinados perfiles de parados sin cobertura, debería ser excluido.

### III. CONCLUSIONES

A lo largo de esas páginas hemos tenido ocasión de reflexionar acerca de dos tipos de disfunciones que se producen en la confluencia de la protección por desempleo y las necesidades de la familia. De una parte, lo que podríamos llamar como disfunciones formales y que tienen que ver con el concreto encaje jurídico de las responsabilidades familiares en el seno del sistema de protección por desempleo. A este respecto, hemos tenido ocasión de subrayar que el tratamiento y la noción de responsabilidades familiares no es ni mucho menos homogéneo entre niveles de protección; que la intensidad de la protección de nuestro nivel asistencial, RAI y protección extraordinaria muestra una fuerte rigidez en cuanto a las circunstancias personales o familiares del trabajador desempleado; que esto no ocurre con carácter general con la duración de los subsidios, que ha sido la vía tradicional para tratar las circunstancias familiares desde el desempleo; que se ha producido una paulatina confluencia entre responsabilidades familiares y rentas familiares o colectivas, que no parece haber llegado aún a su estadio definitivo; que el empleo de las rentas familiares ha desbordado el ámbito que le es propio dando lugar a graves situaciones de incongruencia jurídica y, lo que es peor, de desprotección de sujetos especialmente vulnerables.

Pero, de otra, quizá revista una mayor importancia la disfunción de fondo, que tiene que ver con el choque entre un tratamiento jurídico que en general mira al trabajador desempleado exclusivamente, el del sistema de protección por desempleo; y otro que se centra en el colectivo de sujetos que integran núcleo familiar, como objeto de protección, que es el propio de las políticas de protección de la familia. Las lógicas de uno y otro son completamente diferentes, no solamente por razones históricas, de objeto y fines, sino fundamentalmente porque aquél tiene una base fundamentalmente subjetiva, mientras que en ésta es de carácter colectivo

En última instancia, esta disfunción trae causa de la ausencia de separación, en nuestro ordenamiento jurídico, entre la política de desempleo y la de protección de la familia, cumpliendo aquélla las funciones de ambas; y del infradesarrollo de esta última. El impulso decidido de la política familiar en nuestro país propiciaría una separación nítida entre estos dos tipos de política, sin perjuicio de la necesaria coordinación entre ellas, que permitiría conjugar mejor la toma en consideración de las circunstancias familiares con el carácter subjetivista de la protección frente al paro.



# CAPÍTULO XXVI. EL COMPLEMENTO DE LA PENSIÓN POR CARGAS FAMILIARES DE LA PROGENITORA DE DOS O MÁS HIJOS COMO MEDIDA DE POLÍTICA DE APOYO A LA FAMILIA, ASPECTOS PRÁCTICOS

FRANCISCO JAVIER POZO MOREIRA

*Abogado*

*Profesor Asociado Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de Alcalá*

## I. EL COMPLEMENTO DE UNA PENSIÓN POR RAZÓN DE UNA MATERNIDAD PREVIA

El legislador del año 2015, con la intención de paliar la brecha de género del importe de unas determinadas pensiones a las que acceden las mujeres con maternidad previa, dentro de las políticas de apoyo a la familia similar a otros países de nuestro entorno y de la legislación comunitaria en materia de Seguridad Social y empleo y ocupación, acordó establecer un porcentaje de complemento de la pensión resultante a quienes hayan sido madres de dos o más hijos<sup>1</sup>.

Así configurado, el complemento es una socialización de la descompensación de la mujer trabajadora por cuidados a los hijos que limitaron, por su cuidado, la carrera profesional o vida laboral, y se materializa cuando la madre accede a la pensión del sistema de Seguridad social<sup>2</sup>, con la consiguiente brecha por razón de género en la pensión de hombres y mujeres.

Así, junto a la actual sistema de protección social de "ayuda por hijo a cargo"<sup>3</sup> con prestaciones que atienden al hecho del nacimiento con ayudas económicas ese momento concreto

---

<sup>1</sup> En cuanto a la legislación armonizada con nuestro entorno, véase, Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición de las Directivas 97/80 y Directiva 86/378, de 24 de julio, igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes profesionales de Seguridad Social) con efectos de entrada en vigor de 15 de agosto de 2009, del art. 7 respecto a los regímenes profesionales de seguridad social que aseguren una protección contra los riesgos, de enfermedad, invalidez, vejez, incluido el caso de jubilaciones anticipadas, accidente laboral y enfermedad profesional, desempleo, y el art. 8.2, en relación a la jubilación, permite la instauración de un complemento de pensión con objeto de igualar o acercarse al importe de las prestaciones globales con relación a las personas del sexo opuesto en la misma situación que hubieren ya alcanzado la edad de la jubilación legal. Y la Directiva del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad social.

En este sentido se pronunció el Consejo de Ministros del día 5.06.2015, que justificó este complemento para reconocer la contribución demográfica al sistema de Seguridad Social de las mujeres trabajadoras que compatibilizan su carrera profesional con la maternidad, incluyendo este complemento como una medida del Plan Integral de Apoyo a la Familia 2015-2017. Nos referimos al Consejo al Ministros y no al preámbulo de la ley 48/2015 de Presupuestos Generales del Estado, porque nada se indica allí sobre la razón de la nueva pensión pública contributiva

<sup>2</sup> Tal reconocimiento de la maternidad previa sólo se encontraba recompensada en el ámbito privado del matrimonio, con la pensión complementaria a favor del conyuge, en supuestos de divorcio o separación matrimonial de un cónyuge con respecto a otro.

<sup>3</sup> Para el conocimiento de las prestaciones por nacimiento de hijo, en su diversas facetas prestacionales a nivel contributivo (maternidad), o prestaciones asistenciales (nacimiento de tercer o sucesivo hijo, parto múltiple), véase, Maldonado Molina, J.A., "La nueva protección por nacimiento" En *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar*

(...)

de la vida profesional/familiar<sup>4</sup>, se introduce una nueva medida, añadida a aquella, en forma de incremento de la pensión de la madre, sin sustantividad o naturaleza prestacional propia.

## 1. LA PENSIÓN DE LA MADRE BENEFICIARIA AL FINAL DE SU VIDA PROFESIONAL Y SU COMPLEMENTO POR MATERNIDAD, COMO MEDIDA DE DISCRIMINACIÓN POSITIVA CONTRA LA BRECHA DE GÉNERO

Desde enero de 2016 se instaura un complemento de carácter compensatorio en el momento final de la carrera profesional o de una situación de necesidad al acceder a unas determinadas pensiones del Sistema, que se ven incrementadas en atención a la maternidad previa, siendo tal complemento vicario y coetáneo al momento de percibir la pensión, lo que le dota le priva de sustantividad propia.

No se trata, pues ni de una mejora voluntaria de la Seguridad Social, ni de una indemnización<sup>5</sup>, ni de un subsidio, sino de acción protectora de la Seguridad Social en forma de un porcentaje de incremento a unas determinadas pensiones contributivas por razón de maternidad previa, sin vinculación a la situación de empleo de la madre, pues no se busca compensar periodos de descubierto de cotización previa o peticiones de excedencias/licencias de la madre, sino paliar la brecha de género de la pensión.

Como incremento compensatorio de la correspondiente pensión a una madre con dos o más hijos, se cataloga dentro de las medidas de discriminación positiva legalmente previstas en el art. 11 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres y a nivel comunitario<sup>6</sup>, en consonancia con otras medidas, como el reciente cambio del sistema de

social núm. 66 (2002), pp. 275-318. En su aspecto práctico, recogiendo todas ellas, en: <https://www.msssi.gob.es/ssi/familiasInfancia/pdf/guiaayudasfamilias.pdf>

<sup>4</sup> Errandonea Ulazia, E., "El nuevo complemento por maternidad y los factores que repercuten sobre la cuantía de las pensiones contributivas de las mujeres" en Revista de derecho de la seguridad social. -- N.º. 7 (2016), p. 75-97; De la Flor Fernández, M.L., "Reflexiones en torno a la pensión de jubilación desde una óptica de género: el nuevo complemento por maternidad" en Revista de derecho social N.º 76 (2016), p. 107-132; VV.AA.: *VIII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social. La reforma de las pensiones en la Ley 27/2011*, Ortiz Castillo, F. (Ed.), Murcia, Laborum, 2011. VV.AA.: *La reforma de la Seguridad Social. Estudio sistemático de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social*, Monereo Pérez, J.L. (Dir.), Madrid, La Ley, 2008, pp. 145-173.

<sup>5</sup> La indemnización legal tiene naturaleza de derecho adquirido para el beneficiario, que no tiene la prestación asistencia pública, de ahí que la anulación de una indemnización no pueda llevarse a cabo por resolución general sin resarcimiento, incluso aunque la anulación de la indemnización venga amparada por una condena penal por falsedad documental utilizada para el acceso a la indemnización, pues no está permitida dictar una resolución de anulación de efectos de la indemnización previamente concedida, al tratarse de una medida inconstitucional la privación de una indemnización de viudedad al no concurrir causa de utilidad pública o interés social que debe legitimar cualquier medida de naturaleza expropiatoria (El Pleno del TC en sentencia del 26.04.2018).

<sup>6</sup> La legitimidad de las acciones positivas a fin de lograr la igualdad real entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social en el art. 4.2 *Directiva del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social*, permite acciones positivas, a la protección de la mujer en razón de su maternidad, así como en materia de empleo en el art. 9 *Directiva 2006/54/CE de 5 de julio de 2006* que establece que no se considera trato discriminatorio por sexo si los preceptos legales buscan establecer niveles diferentes con el fin de igualar o aproximar los importes de las prestaciones de pensión para ambos sexos o para completar la asignación financiera indispensable para cubrir los costes de dichas prestaciones definidas.

Las acciones positivas legislativas para lograr la igualdad real, puede suponer una diferenciación de trato entre colectivos, favoreciendo a las minorías perjudicadas, con respecto a las mayorías. La justificación de tal diferenciación de trato legal está en la previa constatación de la realidad de la desigualdad real por razón de causa de discriminación típica del art 14 CE (sexo, raza, religión, etc.). El Tribunal Constitucional ha señalado que la carga justificativa de la diferenciación recae sobre "quien asume la defensa de la misma y se tomó aún más rigurosa que en aquellos casos que quedan genéricamente dentro de la cláusula general de igualdad", (STC n.º 200/2001 de 4.10). Y como indica la Sentencia del Tribunal Constitucional n.º 182/2005 de 4.07, "en tales supuestos el canon de control, al enjuiciar la legitimidad de la diferencia y las exigencias de proporcionalidad, resulta mucho más estricto, así como más rigurosa la carga de acreditar el carácter justificado de la diferenciación". Por lo que obliga a ponderar los intereses y la dimensión constitucional de la prohibición de discriminación del art. 14 CE, "incluso a través de acciones positivas" (STC 3/2007, de 15.01).



cotización de los contratos a tiempo parcial<sup>7</sup>, para el acceso a las prestaciones del sistema contributivo de la Seguridad Social, por el Real Decreto-Ley 11/2013, que introdujo el nuevo "coeficiente de parcialidad", en reacción a la anulación del anterior porcentaje que establecía la regla 2º de la D.A. 7º.1 LGSS, por la STC 61/2013 de marzo

El complemento, el cómputo en la vida laboral de las excedencias por cuidado de hijos y el coeficiente de parcialidad tienen la misma finalidad: atenuar la desigualdad prestacional en el sistema de pensiones de las mujeres, que deriva tanto del tipo de contrato a tiempo parcial en su mayoría firmados por mujeres, avocadas a dichos contratos para conciliar la vida laboral y familiar, con la consiguiente pérdida de valor en un 40 % del importe de la pensión respecto al varón, como de la maternidad previa de la mujer.

En la actualidad, esta medida de discriminación positiva ha acortado la brecha de las pensiones entre hombre y mujeres, reduciendo a cerca de la mitad de las nuevas pensiones de las mujeres, en el porcentaje de la pensión incrementado<sup>8</sup>.

## 2. UBICACIÓN DEL COMPLEMENTO EN EL SISTEMA Y ENTRADA EN VIGOR DEL ART. 60 EN EL RD-LEGISLATIVO 8/2015 LEY GENERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Su regulación se encuentra en el actual texto de la Ley General de la Seguridad social, esta medida está contemplada en el art. 60 en el RD-Legislativo 8/2015 texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, (en adelante, LGSS2015) en vigor desde el 2.01.2016.

Esta regulación proviene de la misma redacción dada por el legislador de 2015 a través de la Ley 48/2015, de 29 de octubre (BOE del 30), de Presupuestos Generales del Estado para el año 2016 (LPGE 2016) que introdujo un nuevo *artículo 50 bis* en el texto refundido de 1994 de la Ley General de la Seguridad Social (en adelante LGSS1994), por el cual se establece un complemento de pensiones exclusivamente a las madre que sean nuevas beneficiarias de pensiones de Jubilación, Viudedad e Incapacidad Permanente.

El primer aspecto relevante del complemento es el relativo a las pensiones que complementa, únicamente las contributivas, puesto que el complemento está ubicado en la sección de "pensiones contributivas" dentro de la LGSS2015, lo que determina su no aplicación a las pensiones no contributivas ni asistenciales, y su naturaleza de pensión pública contributiva.

Otro aspecto relevante del nuevo complemento en el sistema fue su fecha de efectos que ha vuelto a poner de relieve la función de la fecha del hecho causante (formal o material) para delimitar la normativa de aplicación a las prestaciones<sup>9</sup>, y además en relación con el hecho causante/ la situación protegida de cada tipo de pensión a complementar por maternidad, con su diversa complejidad, será lo determinante para saber si procede, por la fecha de entrada en vigor, la

<sup>7</sup> Dado que la carrera media de cotización de la mujer es inferior al varón, tras la sentencia del Tribunal Constitucional de 2013 que anula el cálculo de pensiones de empleados a tiempo parcial por contener una discriminación por razón de género, y la posterior reforma del sistema de protección social de los contratos a tiempo parcial.

<sup>8</sup> Un detalle abstracto de las cifras, constata que en cuanto a las beneficiarias cerca de 6 de cada 10 de las nuevas pensiones reconocidas a mujeres recibieron el complemento por maternidad. Y respecto al importe de las pensiones para las beneficiarias, el complemento va a suponer un incremento de la pensión media de jubilación de una mujer, la cual se sitúa en términos medios en un importe de 1.099 euros/mes, por debajo en un 38 % de la media del varón de 1.490 euros/mes. Evidentemente, no todas las trabajadoras tienen contratos a tiempo parcial, éstas para acreditar el período de cotización exigido en la pensión, se aplicarán las reglas favorecedoras establecidas en el Real Decreto-ley 11/2013, de ahí la necesidad del complemento para todas las mujeres con más de dos hijos que obtienen una pensión.

<sup>9</sup> La noción de hecho causante tiende a identificarse con el comienzo de la situación protegida, en la medida en que ésta no se confunda con la mera actualización de la contingencia determinante, ni con la fecha de efectos de la prestación. Es cierto que en la práctica judicial se ha prescindido en determinados supuestos del *hecho causante formal* con el fin de evitar que los efectos negativos del retraso administrativo en la calificación de la invalidez recaigan sobre el beneficiario, cuando este no ha sido el responsable de ese retraso; en estos supuestos la jurisprudencia acude al concepto de *hecho causante material*, esto es, al momento en que las lesiones se convirtieron en definitivas para evitar situaciones de desprotección. Tal es el caso analizado por la STS de 21 de octubre de 2002, (rec. 3764/2001)

aplicación del complemento de maternidad reclamado<sup>10</sup>, al ser el hecho causante de la prestación el acontecimiento que marca el inicio de la situación protegida, al tener como finalidad la selección de la norma aplicable en los supuestos de sucesión normativa y la de determinación del momento en que deben cumplirse los requisitos de acceso a la protección o del nacimiento del derecho a ésta.

El complemento, inicialmente regulado por el art. 50 bis LGSS 1994, por la Ley 48/2015, y con entrada en vigor el 1.01.2016, el artículo no resulto de aplicación, fue un artículo *no nato*, por cuanto llamado a tener una vigencia exclusiva de un único día, el día 1 de enero de 2016, La LGSS 2015 en su Disposición final única estableció el carácter retroactivo a 1.01.2016 únicamente de este complemento, como regla particular a la general de entrada en vigor de la LGSS 2015 a partir del día 2 de enero de 2016.

Los tribunales han reconocido el comienzo de la percepción únicamente cuando el hecho causante es posterior al 1.01.2016, por cuanto la ley no ha querido establecer ningún efecto retroactivo, creando un derecho que solamente existe a partir de la entrada en vigor de la norma y para las pensiones generadas a partir de esta misma<sup>11</sup>, sin que sirva supuestos extraordinarios de rehabilitación de la pensión tras suspensión ni de reconocimiento de la pensión resoluciones judiciales que revisen resoluciones del INSS anteriores al 1.01.2016 vinculando los efectos económicos al cumplimiento de un hecho posterior, pero sin que la sentencia revisora tenga efectos constitutivos de la prestación, al limitarse a declarar y a exigir el cumplimiento de unas consecuencias jurídicas surgidas previamente<sup>12</sup>.

<sup>10</sup> Así el hecho causante según prestaciones es el siguiente:

En la incapacidad permanente, hay diversos momentos,

- es la fecha de solicitud cuando se inicia sin alta y no deviene de una previa situación de IT (art. 3 RD 1799/1985)
- es la fecha del dictamen propuesta del EVI cuando está de alta deviene incapacidad temporal, al convertirse aquellas lesiones de IT en "previsiblemente definitivas" ( Art.193.1 LGSS 2015, art. 6.3 del RD 1300/1995 y art. 13.2 de la Orden de 18 de enero de 1996)
- es la fecha del alta con informe propuesta de IP cuando se agota los 365 días de IT y se extingue la IT (RD 2015)
- es la fecha de la solicitud de la pensión en los casos de retraso anormal en la emisión del dictamen propuesta del EVI y las lesiones ya estaban consolidadas

En la pensión de jubilación, en el Régimen General de la Seguridad Social, rigen las siguientes reglas:

- es el día del cese en el trabajo por cuenta ajena, incluida la fecha de la jubilación forzosa (Art. 3.a) OM 18/01/67), desde la situación de alta
- es el día que se formule la petición conforme la fecha solicitud de pensión de jubilación (Art. 3.a) OM 18/01/67), desde situación asimilada al alta, incluida la solicitud de fin de jubilación parcial y solicitud de la completa por previsión legal expresa de reconocimiento posterior

En la pensión de jubilación, en el Régimen Especial de la Seguridad Social, rigen las siguientes reglas:

- es la fecha de la solicitud de jubilación inicial, pues la rehabilitación de la pensión tras su suspensión y posterior reanudación no altera el momento inicial del hecho causante (art. 3.b OM 18.01.1967)

En la viudedad (muerte y supervivencia) es la fecha del fallecimiento del causante;

<sup>11</sup> La sentencia del TSJ de Madrid de 23.04.2018 señala que la ley ha optado por no establecer ninguna retroactividad, aplicándose solo hacia el futuro, conforme a las reglas generales: el art. 2.3 del Código Civil, según el cual las leyes no tendrán efecto retroactivo a menos que dispusieren lo contrario; y sus disposiciones transitorias 1ª y 2ª, a cuyo tenor se registrarán por la legislación anterior los derechos nacidos, según ella, de hechos realizados bajo su régimen y los actos celebrados bajo el régimen de la legislación anterior (principio *tempus regit actum*)

<sup>12</sup> El reconocimiento constituye el acto mediante el cual se declara el derecho a la prestación y presupone que la misma se ha causado, aunque su declaración sea posterior, por ejemplo, cuando se realiza en vía judicial tras su denegación por la Entidad Gestora de la Seguridad Social en la vía administrativa previa. Normalmente la fecha del hecho causante coincidirá con la de efectos de la pensión pero hay casos en que no es así cuando se vincula al cumplimiento de un requisito. La pensión se causó antes del 1 de enero de 2016 y la demandante no tiene derecho al complemento reclamado (STSJ Asturias de 2.05.2018).

## II. LOS REQUISITOS LEGALES PARA EL RECONOCIMIENTO DEL COMPLEMENTO

Si bien, el rótulo del precepto reza “*Complemento por maternidad en las pensiones contributivas del sistema de la Seguridad Social*”, por lo que nominalmente estaríamos ante un complemento y no un incremento de la pensión, surgen dudas al respecto de tal categorización de complemento como los complementos a mínimos [complementos para pensiones inferiores a la mínima (art. 59)]<sup>13</sup>, pues el carácter asistencial y carácter retroactivo no se da en el “complemento” de pensión a la trabajadora, con exigencia de otros requisitos para su nacimiento para las nuevas altas (solicitudes y reconocimientos) en el año 2016, podríamos hablar más correctamente del nacimiento de un mero “incremento de nuevas pensiones” para la mujer beneficiaria de la Seguridad Social, la cual por su maternidad ha renunciado a una vida laboral activa y la consiguiente cotización, a compensar ahora en el momento de la pensión, por el cuidado previo de sus hijos y por la aportación de hijos al sistema, que no un complemento.

En todo caso, estamos ante “complemento” peculiar que viene a excluir por razón temporal a la madre de la percepción del mismo. El término o momento de surgimiento (enero 2016) se convierte en sustancial, y así, aquellas otras trabajadoras con dos o más hijos y una pensión inferior a la media, son excluidas del complemento, con distinto tratamiento temporal de situaciones iguales motivado por la sucesión normativa<sup>14</sup>.

El importe del complemento de maternidad por aportación demográfica a la Seguridad Social es entre el 5 % al 15 % de su nueva pensión de Jubilación, Viudedad e Incapacidad Permanente por previa maternidad de dos o más hijos.

### 1. EL REQUISITO OBJETIVO EL COMPLEMENTO: PENSIONES QUE SE PUEDEN SER COMPLEMENTADAS

Se trata de un número clausus de pensiones a complementar por la maternidad previa y son las pensiones contributivas, “de jubilación, viudedad e incapacidad permanente” que se causen a partir de 1 de enero de 2016 y cuya titular sea una mujer.

No se complementará, por tanto, aun cuanto se trate de pensionistas progenitores de dos o más hijos, respecto de la pensión de jubilación o incapacidad no contributivas o una pensión de viudedad temporal asistencial. Tampoco, la pensión con complemento a mínimos por residencia tras prorrateo derivado de convenios internacionales. Ni tampoco, la pensión de jubilación anticipada<sup>15</sup> (incluso por cese involuntario del trabajo) o parcial, si bien esta última se puede acceder cuando alcance la edad legal de jubilación.

Aquí el legislador, en un aspecto criticable desde el punto de vista de la propia idea de su instrucción, endurece el acceso excluyendo situaciones tanto de jubilación anticipada<sup>16</sup> y de jubilación parcial,

<sup>13</sup> El complemento por mínimos, dada su naturaleza mixta, se reconoce a pensionistas beneficiarios/as en situación de necesidad e indisolublemente unidas con la pensión contributiva que le corresponda al beneficiario/a, con un reconocimiento económico retroactivo de 3 meses a su solicitud

<sup>14</sup> La doctrina del Tribunal Constitucional ha reiterado que el art. 14 de la Constitución no impide el distinto tratamiento temporal de situaciones iguales motivado por la sucesión normativa, porque el principio de igualdad de trato en la ley no exige que se deba dispensar un idéntico trato a todos los supuestos con independencia del tiempo en que se originaron o produjeron sus efectos (STC 70/83, 103/84, 88/91, etc.). El TC reconoce el amplio margen de libertad del legislador para modular la acción protectora del sistema, partiendo de que los derechos de Seguridad Social son derechos sociales de prestación que implican una carga financiera considerable y por tanto son de contenido legal (STC 37/94, 197/03, 53/04)

<sup>15</sup> STSJ Castilla y León (Burgos) de 28.02.2018

<sup>16</sup> La STSJ de Castilla y León (Burgos) de 28.02.2018, no reconoce el complemento puesto que el art. 60 de la LGSS 2015 excluye su acceso a la jubilación anticipada tanto desde un acceso voluntario como por denuncia de incumplimiento empresarial del art. 50 ET. Al exigir el cese involuntario del trabajo en la lista cerrada de las 5 causas objetivas y externas al trabajador del art. 207 LGSS2015

## 2. EL REQUISITO SUBJETIVO EL COMPLEMENTO: BENEFICIARIA DE PRESTACIONES EN LA PERSONA DE LA PROGENITORA DE DOS O MÁS HIJOS

A efectos de determinar el derecho al complemento así como su cuantía únicamente se computarán los hijos nacidos o adoptados con anterioridad al hecho causante de la pensión correspondiente, aplica solo para madres que cuentan con más de dos hijos, sin importar que sean naturales/biológicos o adoptados, solo acreditando su inscripción en el registro civil, y con el sólo requisito que hay existido desprendimiento del seno materno, tras la nueva redacción del año 2011 del art. 30 del Código Civil, sin exigir vida independiente 24 horas, por cuanto a fecha 1.01.2016 todos aquellos que fueron desprendido del seno materno se inscriben en la sección de nacimientos del registro civil<sup>17</sup>.

Ahora bien, el cómputo de los dos hijos debe ser anterior a 1.01.2016 sin que quepa su incremento si la pensión (por ejemplo IPT) está causada y tiene más descendencia o adopción, o incluso estado estando embarazada ha sido reconocida la pensión de viudedad del causante, y ello al prever el art. 60.1 fine LGSS 2015 “únicamente se computarán los hijos nacidos o adoptados con anterioridad al hecho causante de la pensión correspondiente”

El art. 60 LGSS2015 menciona a las mujeres y no a las progenitoras, esa amplitud permitiría a una pareja de mujeres de mismo sexo con hijos adoptados que ambas en la pensión de jubilación de cada una de ellas solicitar el complemento, igualmente, en una época como la actual donde se plantean los derechos de familias con varios progenitores; por ejemplo, padres/madres divorciados que traen al nuevo matrimonio/pareja los hijos de su anterior relación, con adopción, y conforman una nueva familia, podría pensarse de una extensión equivalente a ambas mujeres de ambas nuevas familias, sumando biología y adopción. Ahora bien, la legislación civil sólo reconoce en todos los casos un único progenitor beneficiario del derecho. Será aquel solicitante que figura en el libro de familia bien por realizar la gestación (según el acta del hospital y la inscripción en acta de nacimiento del Registro civil) bien por el reconocimiento en la adopción. Por lo que opinamos que el complemento queda limitado a un progenitor/mujer por libro de familia y por actas de nacimiento de los hijos que se adjuntan con la solicitud al INSS. En la pensión de viudedad si puede existir dos madres beneficiarias, pero en ese caso se dividen la pensión y el complemento por maternidad es sobre esa pensión de viudedad dividida.

### III. SUPUESTOS DE PROBLEMÁTICA APLICACIÓN

#### 1. LA APLICACIÓN DEL COMPLEMENTO DE LA PENSIÓN EN SITUACIONES DE INDEFINICIÓN NORMATIVA

##### Problemas suscitados por la mala redacción de la norma

El art 60 LGSS2015 no regula los supuestos la pensión de jubilación flexible, con trabajo por cuenta ajena o propia, con dudas si reducir el complemento o no al reducir el 50 % la pensión por el trabajo, o por el contrario siendo ajeno el complemento a tal flexibilización, lo que resunta más acorde con la naturaleza del complemento.

Al señalar el precepto únicamente “hijos biológicos o adoptados” previos a la obtención de la pensión a complementar, la búsqueda de la certificación del registro civil para acreditar esos hijos da seguridad jurídica al INSS pero podría excluir si se inscribió en la sección de criaturas abortivas en un momento anterior al año 2011, o si la inscripción está en un registro civil de otro país, por la adopción internacional, en vías de inscripción en el registro civil o con la maternidad subrogada, inscrita a instancia del Fiscal en beneficio del menor.

<sup>17</sup> STSJ de Galicia de 24.04.2018 reconoce el incremento del 5 % a la madre con dos hijos biológicos, aun cuando uno de ellos no sobrevivió 24 horas.

Tampoco se menciona si la solicitud de pensión de viudedad de parejas inicialmente divorciadas pero ahora reconciliadas -como parejas de Hecho inscritas y con hijos- antes del fallecimiento, va generar el fallecimiento la pensión de viudedad y también el complemento por maternidad.

#### Problemas por las sinergias de incrementar las pensiones en posteriores resoluciones.

No se menciona la compatibilidad con el recargo de prestaciones de incapacidad permanente por falta de medidas de seguridad derivada de accidente o de enfermedad profesional. Como tampoco la variación de la pensión de Incapacidad absoluta (IPA) a la situación de IPA con complemento de gran invalidez, siendo el criterio más acorde de cálculo del porcentaje de complemento por maternidad en la IPA sobre la pensión y sobre el 50 % del complemento de gran invalidez, el cual, a su vez, se calcula de modo independiente de la IPA, siendo su importe según última base de cotización.

#### Problemas del cálculo de los límites máximos del importe del complemento por maternidad.

Para no sobrepasar la pensión máxima vigente a cada momento, (en el año 2018, 36.609,44 euros anuales) se establece en el art. 60.2 LGSS 2015 una serie de precisiones, según la pensión a complementar supera el límite, la pensión y el complemento superan el máximo legal, percibiendo el 50 % del complemento. Es decir, cuando tengan topada su pensión por superar ésta el límite máximo, el complemento será reducido al 50 %, resultando un incremento relativo mensual del 2,5 %, 5 % y al 7,5 % según tenga 2, 3 ó 4 o más hijos, respectivamente (excluyendo el incremento de gran invalidez)

#### Problemas del cálculo del complemento a mínimos y pensiones a prorrata temporis junto al complemento por maternidad

Para el supuesto de ser acreedora de una pensión, siempre será está en el importe mínimo con la aplicación del complemento a mínimos y sobre esa suma el complemento<sup>18</sup>.

En el supuesto de ser beneficiaria de pensión prorrateadas (cómputo recíproco de cotizaciones) por convenios internacionales por coordinación de la Seguridad Social internacional, con cargo a prorrata, en su parte, por el INSS.

Finalmente, cuando sea acreedora de dos o más pensiones (como sucede con viudedad y otra), el complemento se aplicará únicamente a una, lo que origina dudas aplicativas en el supuesto de la extinción de la pensión compensatoria tras el divorcio por el fallecimiento del obligado que originará una pensión de viudedad compatible con la jubilación, verá incrementada el reconocimiento de su pensión de jubilación de un 5 % a un 15 %, únicamente en una de ellas, normalmente la jubilación.

#### Los problemas de reconocimiento, suspensión, revisión y anulación del complemento

Respecto a su solicitud de reconocimiento posterior al momento del reconocimiento de la pensión a complementar, se formulará por solicitud al INSS y posteriormente solicitar la revisión

<sup>18</sup> El complemento por maternidad a una pensión cuyo importe es igual o superior al límite máximo establecido mensualmente (2.614,96 euros/mes para el año 2018), solo se le otorga el 50 % de la cantidad del complemento por maternidad asignado. Pero en cambio, si tiene reconocida una pensión solo un poco más baja a la máxima (de 2.614,96 euros/mes para el año 2018), pero con el complemento por maternidad va a superar el importe máximo, cuenta con todo el derecho de percibir el 50 % del importe que excede, en consecuencia podrá recibir mensualmente un importe superior a la cantidad máxima, en percepción mensual.

El complemento por maternidad para pensiones con importes mínimos (y sin otros ingresos o rentas excedan de 7.347,99 euros/año) será del 5 %, del 10 % o del 15 % de la pensión mínima de Jubilación de mayor de 65 años, el mínimo con cónyuge a cargo 810,60 € el mínimo sin cónyuge 656,90 € el mínimo con cónyuge no a cargo 623,40 €/mes; o de la pensión mínima de Viudedad con hijos 759,90 €/mes, Con 65 años o con discapacidad del 65 % 656,90 €/mes, con más de 60 años 614,50 €/mes y con menos de 60 años 497,60/mes, en percepción mensual.

Finalmente, para los importes inferiores a los mínimos de las anteriores pensiones (y sin otros ingresos o rentas excedan de 7.347,99 euros/año) será del 5 %, del 10 % o del 15 % de la pensión complementa a mínimos antes referidos, y es a esta cantidad que se le suma el complemento que le corresponde por ser madres, en percepción mensual.

de la pensión que tiene reconocida al considerar que debe incrementarse en el complemento de maternidad.

Respecto a su vigencia y la revisión del acto de otorgamiento del complemento, ya que éste es vicario a la pensión que incrementa, tiene la misma naturaleza asistencia de ésta. Ello determina, que su revisión se deberá realizar por la vía procedimental judicial de revocación de derecho de la pensión, estando obligadas a solicitar la revisión ante el Juzgado de lo Social <sup>19</sup>.

El INSS podrá suspender el abono del complemento por maternidad de la correspondiente pensión reconocida a una beneficiaria progenitora de dos o más hijos debido a la incompatibilidad con la percepción de otra pensión de la UE (una prestación cuyo importe sea independiente de la duración de los periodos de seguro o residencia cumplido y figurar en un catálogo legal) y con los requisitos para la prohibición de acumulación de pensiones.

## 2. LA APLICACIÓN DEL COMPLEMENTO DE LA PENSIÓN EN DETERMINADOS REGÍMENES

Para la adecuada aplicación de los beneficios de la Seguridad Social, se constituyeron los diversos regímenes especiales de seguridad social, además de la regulación por ley específica de los funcionarios públicos civiles y militares. Se trata de una serie de particularidades respecto del Régimen General en la acción protectora, que tratan de ser escasos, por el principio de la unificación (persiste los grados de incapacidad, beneficiarios estar al corriente, carencia de jubilación, incompatibilidades, pensión de viudedad desde situaciones de accidente)

### A) Régimen especial Autónomos

Las notas diferenciadoras que aún subsisten en el régimen especial, respecto al régimen general, afectan al complemento por maternidad, por cuanto se exige que al momento del hecho causante se debe estar al corriente de pago de sus cotizaciones, pues la morosidad condiciona el acceso a la pensión, sin perjuicio de las cuotas validables y la invitación al pago.

Igualmente, respecto de cada pensión, con las peculiaridades siguientes: respecto a la pensión de incapacidad permanente, no está prevista la calificación del grado de parcial, por lo que se reduce el ámbito de aplicación del porcentaje, y en todo caso, se vincula al cese de actividad del Autónomo; respecto a la pensión jubilación, no hay una compatibilidad de la pensión con alta actividad ni acceso desde jubilación parcial. Por ello, se limita la posibilidad de pedir el complemento junto a la reanudación de la pensión de jubilación tras cese de RETA para evitar el fraude, que el autónomo pueda generar el computo de nuevo hijos o diversa fecha del hecho causante, siendo indiferente las sucesivas solicitudes de rehabilitación de la pensión de jubilación, por sucesivos ceses en el RETA y finalización de la suspensión de la pensión de jubilación por trabajo, por cuanto debe estarse en cuanto a sus efectos, a la fecha de la solicitud inicial de la pensión rehabilitada<sup>20</sup>.

Por otro lado, el complemento por maternidad de la pensión, es compatible con del incremento de cotización del periodo de parto por cada uno de los nacimientos de los hijo en 112 días, conforme la STSJ de Cataluña de 26.03.2018

<sup>19</sup> Las entidades gestoras no pueden revisar de oficio la supresión del incremento de una pensión de incapacidad permanente total, sino que deben acudir a formular una demanda instando la revocación o suspensión del complemento de la pensión reconocida en su día, por todas, véase, la Sentencia del TSJ Castilla y León (Valladolid) de 30.05. 2018

<sup>20</sup> Hay que estar a la fecha de solicitud de la prestación de jubilación inicial de doce de enero de 2016, puesto que la suspensión y posterior reanudación no alteraría el momento inicial del hecho causante que es el que determina el nacimiento del complemento de maternidad, sentencia del TSJ de Castilla y Leon (Burgos) 24.01.2018.

## B) Clases pasivas del Estado

La acción protectora para este colectivo se encuentra regulada en el Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril (BOE de 27 de mayo), por el que se aprueba el texto refundido de Ley de Clases Pasivas del Estado, y en relación a este complemento reconocido en su Disposición adicional 18 en la redacción dada por la disposición final 1.2 de la Ley 48/2015, de 29 de octubre y en vigor desde el 1.01.2016.

La instauración del complemento por maternidad en clases pasivas contempla, además de las prestaciones comunes con el régimen general de la seguridad social, el complemento por maternidad también para la pensión de retiro de carácter forzoso y declaración de inutilidad. Además de la peculiaridad de establecer el órgano competente en el reconocimiento, declaración y abono.

El sistema de clases pasivas es más flexible a la hora de acreditar el requisito del hijo y de compatibilizar con el complemento a mínimos ya que el complemento por maternidad se aplica sumando la pensión y ese complemento<sup>21</sup>, y respecto a la concurrencia de dos pensiones de clases pasivas el complemento por maternidad será aplicado sobre la pensión con mayor importe, y del importe de la jubilación sobre el de la de viudedad.

## IV. CONCLUSIONES

Se trata de una mejora en la protección social de la mujer que busca reducir la brecha en el importe de las pensiones entre hombres y mujeres a través de una medida de acción positiva del legislador. La medida no está justificada en el preámbulo de la norma que introdujo la medida, pero se deduce de las Directivas comunitarias y la Ley Orgánica de Igualdad entre hombres y mujeres.

En cuanto a la configuración legal del complemento, el mismo posee una naturaleza vicaria de la concreta pensión a la que incrementa, si bien se reconoce como pensión pública contributiva, y no autónoma como el complemento a mínimos.

Se establece una fecha de nacimiento en el día 1.01.2016, y por tanto, para el reconocimiento del complemento para futuras pensiones a partir de esa fecha, ello origina un distinto tratamiento a iguales situaciones de necesidad sólo por razón de un criterio cronológico, esta problemática aplicativa está amparada por el TC que deja margen de configuración al legislador. Igualmente, el criterio cronológico, ha dotado de nueva relevancia a la clarificación del hecho causante de cada tipo de prestación para tener el derecho o no al complemento.

La exclusión del complemento por nuevos hijos nacidos tras la solicitud de la pensión, es acorde con el margen de configuración de las prestaciones sociales que el legislador tiene reconocido por el Tribunal Constitucional así como las directivas de igualdad en materia de Seguridad social.

En los supuestos de revocación del complemento por el INSS, éstos deberán realizarse por la vía jurisdiccional de la revocación de la misma pensión pública contributiva, aunque la pensión puede quedar subsistente y el complemento no, pero no viceversa, por el carácter vicario del complemento.

Es criticable la rigidez de la redacción legal que impide el reconocimiento tanto del complemento como el porcentaje en función de los hijos tras la solicitud, de tal forma que queda fuera de protección el nasciturus de quien estado estando embarazada ha sido reconocida la pensión de viudedad del causante después de 1.01.2016 y el hijo del difunto nace dos meses después, así como también la exclusión de la jubilación anticipada cuando la misma deriva de una previa situación de impago de la empresa y consiguiente extinción del contrato.

<sup>21</sup> Tal como resuelve la Sentencia del TSJ Cataluña Sala de lo Social de 26.03.2018, complemento a mínimos de clases pasivas, en relación con el Real Decreto 1170/2015, de 29 de diciembre, sobre revalorización y complementos de pensiones de Clases Pasivas para el año 2016

En conclusión, el complemento se trata de una socialización de tal descompensación por cuidados a los hijos durante la carrera profesional, que antes se encontraba sólo en el ámbito privado del matrimonio, y se traspasa a la acción protectora de la Seguridad Social. Lo cual, pese a los problemas analizados es una mejora en pro de la igualdad entre hombres y mujeres.



# CAPÍTULO XXVII. PENSIÓN DE VIUDEDAD EN CASO DE UNIÓN POR EL RITO GITANO

RAQUEL YOLANDA QUINTANILLA NAVARRO  
*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*  
*Universidad Rey Juan Carlos*

## I. INTRODUCCIÓN

La presente Comunicación para el II Congreso Internacional y XV Congreso Nacional de la AESSS, toma como punto de partida la reciente STS de 25 de enero de 2018, en virtud de la cual se deniega la pensión de viudedad a la viuda que la solicitaba y que había contraído unión conforme al rito gitano. Dicha Sentencia cuenta con el Voto particular de la Magistrada del Tribunal Supremo Arastey Sahún; Voto particular al que se adhiere posteriormente la Magistrada Segoviano Astaburuaga.

Estamos ante una cuestión ciertamente conflictiva y polémica, que ha sido resuelta en sentido diverso tanto en el ámbito jurisdiccional constitucional interno como en el de la Unión Europea, pudiendo destacar, respectivamente, la Sentencia del Tribunal Constitucional 69/2007, de 6 de abril, y la STEDH de 8 de diciembre de 2009, asunto “Muñoz Díaz contra España”.

En los pronunciamientos judiciales mencionados se tratan los aspectos jurídicos de fondo que se enfrentan en este caso. En virtud del artículo 221 LGSS, tiene derecho a la pensión de viudedad la persona que se encontrase unida al causante en el momento de su fallecimiento, formando una pareja de hecho. Podemos plantearnos, pues, si en el concepto de unión se puede incluir la unión por el rito gitano, aun cuando no esté inscrito en el Registro de Parejas de Hecho. Cabría plantearse si la buena fe por creencia errónea es alegable en este caso. El elemento de la no discriminación por razón de etnia también habría que valorarlo.

Todos estos aspectos, y algunos otros, exigen un análisis en profundidad, para la obtención de las oportunas conclusiones, de modo que procedemos al desarrollo de dicho contenido.

## II. ANTECEDENTES DEL CASO RESUELTO POR LA STS DE 25 DE ENERO DE 2018

Los hechos probados y enjuiciados en el caso resuelto por la STS 58/2018 dictada en unificación de doctrina, son los siguientes:

a) Unión por el rito gitano en 1974; b) convivencia en el mismo domicilio hasta el fallecimiento del varón en fecha de 27 de abril de 2014; c) cinco hijos en común, en cuya inscripción en el Registro Civil figuran los padres como «solteros» o que el matrimonio de los padres «no existe», y los hijos -según los casos- como «naturales» o «extramatrimoniales»; d) en el Libro de Familia constan los progenitores como «solteros»; y e) la viuda gitana y el fallecido no figuran inscritos como «pareja de hecho» en ningún Registro público.

Teniendo en cuenta estos hechos, los artículos 219 a 221 LGSS señalan como beneficiario al cónyuge superviviente (art. 219.1 LGSS), para lo cual se le exige que haya sido el cónyuge del sujeto causante que ha fallecido. Por tanto, el superviviente ha de demostrar que ha contraído matrimonio con el sujeto causante antes de que falleciese y que, en consecuencia, es su viudo.

El INSS denegó la pensión de viudedad solicitada, por lo que la viuda gitana acudió a la jurisdicción social, para que se le reconociera dicha pensión. La sentencia del Juzgado de lo Social

nº 4 de los de Jaén<sup>1</sup>, de 13 de octubre de 2015, denegó el derecho a la pensión de viudedad. Esta sentencia fue recurrida y el recurso fue resuelto por la STSJ Andalucía/Granada de 20 de abril de 2016, que acogió el recurso interpuesto<sup>2</sup> y declaró el derecho de la demandante D<sup>a</sup> Luz al percibo de la pensión de viudedad.

En su fundamentación jurídica, la STSJ aplicó la doctrina de la STEDH de 8 de diciembre de 2009, “asunto Muñoz Díaz contra España”, para determinar que se ha producido discriminación por razones étnicas y culturales, por la denegación de la pensión de viudedad. La Sala del TSJ considera dos aspectos: primero, la pareja gitana disponía de un Libro de Familia, de lo que la Sala del TSJ andaluz deduce la intención de la pareja gitana de ser entendidos como familia ante los organismos públicos. Segundo, la pareja había convivido en el mismo domicilio y hasta el momento de la muerte y siendo considerados como matrimonio gitano al menos durante 15 años. Tercero, habían tenido 5 hijos en común; y, cuarto, no concurría mala fe en el sentido de fingir el matrimonio gitano en su entorno familiar y social durante largo tiempo, con la presunta finalidad futura de cobrar la pensión de viudedad, lo que significaría una actuación fraudulenta. Por tanto, el TSJ andaluz concluye que se ha producido discriminación por razones étnicas y culturales, de modo que se debe reconocer el derecho de la viuda gitana a la pensión de viudedad.

Contra la mencionada sentencia del TSJ andaluz, el INSS presentó recurso de casación por unificación de doctrina ante el TS, aportando como sentencia de contraste la STSJ Galicia de 27 de marzo de 2013<sup>3</sup>, que, ante hechos sustancialmente iguales, rechazó la concesión de la pensión reclamada por viuda unida al fallecido -también- por el rito gitano, aplicando la doctrina jurisprudencial -y constitucional-, en virtud de la cual se considera requisito esencial que la pareja figure inscrita en el correspondiente Registro. Añade la sentencia de contraste que el criterio expuesto por la STEDH de 8 de diciembre de 2009 “asunto Muñoz Díaz”, no es aplicable en la medida en que figuraba la calificación de “solteros” de ambos progenitores en su Libro de Familia, por lo cual incumplían los requisitos fijados como argumento básico de la sentencia del Tribunal de Estrasburgo, al faltar la razonable creencia de buena fe de la pareja gitana de que disfrutarían del derecho a la pensión de viudedad.

### III. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DE LA STS 58/2018 Y VOTO PARTICULAR

El Tribunal Supremo, en la Sentencia 58/2018, se pronuncia en el sentido ya marcado por su jurisprudencia<sup>4</sup>. Los fundamentos jurídicos más relevantes de la doctrina jurisprudencial son los siguientes:

- La norma exige, por un lado, un requisito material, consistente en la convivencia como pareja de hecho estable durante el tiempo mínimo de cinco años; y, por otro lado, un requisito formal - ad solemnitatem - de su verificación de que la pareja se ha constituido como tal ante el Derecho y está dotada de «análoga relación de afectividad a la conyugal», con dos años de antelación al hecho causante. Ambos requisitos son acumulativos y deben cumplirse de forma simultánea (art. 221.2 LGSS).
- La inscripción en el Registro correspondiente -o la documentación pública de la pareja de hecho- tiene carácter constitutivo de la pareja estable como tal. Se trata de una prueba cerrada que el legislador establece con esa finalidad constitutiva, de forma clara. Por tanto, “la respetabilidad atribuible a la unión por el rito gitano no

<sup>1</sup> Autos 679/14.

<sup>2</sup> Rec. 2843/15.

<sup>3</sup> Rec. 4657/10.

<sup>4</sup> Entre otras, las SSTS 20 de julio de 2010 -rcud 3715/09 -; 03 de mayo de 2011 -rcud 2897/10 -; 22 de septiembre de 2014 -rcud 2563/10-; Sala General 22 de octubre de 2014 -rcud 1025/12-; 23 de febrero de 2016 -rcud 3271/14-; 11 de mayo de 2016 -rcud 2585/14-; 01 de junio de 2016 -rcud 207/15-; 08 de noviembre de 2016 -rcud 3469/14-; y 07 de diciembre de 2016 -rcud 3765/14-.

justifica hacer una equiparación que la ley -siquiera de forma implícita- no consiente respecto de ningún medio probatorio”<sup>5</sup>.

- El Libro de Familia no acredita la existencia de pareja de hecho, sino que certifica el matrimonio y la filiación, en su caso.
- El supuesto enjuiciado en la STEDH de 8 de diciembre de 2009 “asunto Muñoz Díaz” -sobre el que estableció un paralelismo la sentencia del TSJ andaluz relativa a este procedimiento- se regía por la legislación anterior a la Ley 40/2007 (dado que el fallecimiento del causante se había producido en el año 2000), siendo esta última la Ley en la que, por primera vez en nuestro país, se reconoció el acceso a la pensión de viudedad de las parejas de hecho. Sin embargo, en el caso enjuiciado por el TS de 25 de enero de 2018, estamos ante hechos posteriores a la Ley 40/2007, y se valora la equiparación de la unión gitana con la figura jurídica de la pareja de hecho, no con el matrimonio. Por tanto, nos encontramos ante distintos títulos jurídicos invocados.

La STS 58/2018 tiene un Voto particular, formulado por la Magistrada Arastey Sahún, al que se adhiere la Magistrada Segoviano Astaburuaga. La argumentación jurídica que utiliza la Magistrada es similar a la mantenida por el Magistrado del Tribunal Constitucional, Rodríguez-Zapata, en su Voto Particular frente a la posición mayoritaria del Alto Tribunal en la STC 69/2007, de 16 de abril.

La Magistrada Arastey Sahún pone el énfasis de su argumentación no en la STEDH de 8 de diciembre de 2009, porque coincide en las diferencias que el propio TS ha destacado entre el supuesto que esa Sentencia del TEDH resuelve frente al caso actual a resolver. Se centra más bien en el concepto de discriminación indirecta previsto en la Directiva 2000/43/CE del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico, en cuyo ámbito de aplicación se incluye la Seguridad Social (art. 3.1 e).

En este sentido, la Magistrada defiende que, en la unión por el rito gitano, la exigencia del registro o del documento público “se convierte en un requisito meramente formal -ya no constitutivo, como señala la sentencia de la mayoría-; que, además, resulta oneroso porque no sirve sino para redundar la constatación de una situación ya indubitada gracias a las especificidades de las tradiciones y usos del grupo cultural y étnico gitano”. De ahí que la Magistrada, en su Voto particular, considere que, si la finalidad de la norma está claramente cubierta, no tiene justificación mantener su exigibilidad respecto de un colectivo en el que concurren las particularidades expuestas, “cuando de tal formalismo puede derivarse un perjuicio que ahonde en la vulnerabilidad en la que históricamente se ha situado al grupo” y, por tanto, se estaría produciendo la vulneración de la Directiva en la interpretación de la norma nacional.

Esa interpretación debería flexibilizarse, según la Magistrada citada, cuando se den las circunstancias que permitan afirmar que el mantenimiento de la convivencia ha sido real, efectivo y con indiscutible carácter de pareja unida maritalmente. Precisamente para la Magistrada esas circunstancias concurren en el caso analizado.

#### IV. UNIÓN POR EL RITO GITANO

La boda es una de las celebraciones más relevantes dentro de la cultura gitana, y para el pueblo gitano implica el mantenimiento y la reafirmación de una de sus tradiciones más importantes, que lo distinguen frente a la sociedad mayoritaria<sup>6</sup>. Algunas organizaciones de la etnia gitana defienden la necesidad de que el matrimonio por el rito gitano sea reconocido legalmente, para que los

<sup>5</sup> STS de 25 de enero de 2018, FJ 3º 1.a.

<sup>6</sup> ASENSIO BELENGUER, A.: *Mujeres gitanas de Zaragoza: de lo privado a lo público. Un análisis desde la perspectiva de género*, Tesis doctoral, nº 71/2015, Ed. Prensas de la Universidad, Universidad de Zaragoza, 2015, pág. 266-267. <https://zaguan.unizar.es/record/31889/files/TESIS-2015-072.pdf>

miembros de la unión gitana queden protegidos de cara a herencias, pensiones, y otros derechos que se derivan en favor de los miembros de matrimonios civiles y de determinadas parejas de hecho.

No obstante, hasta el momento no se ha producido una equiparación, en cuanto a efectos jurídicos, de la unión por el rito gitano con las otras dos figuras jurídicas mencionadas. Esta es la razón por la que se plantea, en la presente Comunicación, una reflexión en torno a los aspectos que diversas sentencias han tomado en consideración para emitir fallos en sentido afirmativo o negativo respecto de la posibilidad de que una viuda gitana pueda acceder a ser beneficiaria de la pensión de viudedad. No se trata de un tema nuevo, puesto que, por ejemplo, ya el TC se pronunció en 2007 al respecto. Pero la respuesta mayoritaria ofrecida por el TS cuenta con un Voto Particular, firmado por dos Magistradas, lo cual ha reclamado, de nuevo, la atención sobre este tema y lo ha puesto de actualidad.

## V. INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO CIVIL

Nuestro legislador ha adoptado el criterio fijado en el art. 49 CC, en relación con la forma de celebración civilmente eficaz del matrimonio. En este sentido, los matrimonios con efectos civiles son los celebrados en forma civil -esto es, ante el juez, alcalde o funcionario señalado-; además de los matrimonios religiosos -es decir, los celebrados ante los ministros de culto de aquellas confesiones religiosas inscritas en los términos acordados con el Estado o, en su defecto, autorizados por la legislación de éste-. Dado que, como hemos señalado, las formas legalmente válidas de contraer matrimonio en España son los matrimonios en forma civil y los religiosos mencionados, entonces el matrimonio contraído por cualquier otro rito no previsto no comporta los efectos típicos de la institución matrimonial. Por tanto, la unión por el rito gitano no está reconocida por la legislación nacional y no equivale a un matrimonio capaz de desplegar efectos jurídicos en nuestro ordenamiento<sup>7</sup>.

La forma de acreditar el matrimonio contraído es haber cumplido el requisito de la inscripción en el Registro Civil. En este sentido, el art. 61.2 CC exige ese requisito para el pleno reconocimiento de los efectos civiles del matrimonio. A sensu contrario, el matrimonio no inscrito en el Registro civil no genera esos efectos civiles, en este caso, ser beneficiario de la pensión de viudedad.

Así se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en numerosas ocasiones, entre otras, en las SSTC 40/2014, de 11 de marzo, 45/2014, de 7 de abril, y 60/2014, de 5 de mayo.

La unión por el rito gitano constituye una situación que no está prevista en nuestro ordenamiento jurídico y se puede calificar como “situación matrimonial anómala”<sup>8</sup>. Al no estar regulada, no produce efectos jurídicos. La inscripción de las uniones celebradas por el rito gitano está excluida<sup>9</sup>, puesto que sólo pueden tener acceso al Registro aquellos matrimonios celebrados conforme a la legalidad vigente, esto es, conforme a alguna de las formas especialmente admitidas por el legislador en el art. 49 CC, que hemos mencionado.

## VI. RECONOCIMIENTO DE LA UNIÓN COMO PAREJA DE HECHO

Descartada la posibilidad de considerar la unión por el rito gitano como matrimonio de efectos civiles, cabría plantear la cuestión sobre el reconocimiento de la unión por el rito gitano

<sup>7</sup> BERENGUER ALBALADEJO, C.: “El principio de igualdad y no discriminación en relación con la pensión de viudedad y el “matrimonio gitano””, Revista *Derecho Privado y Constitución* ISSN: 1133-8768. Núm. 24, enero-diciembre 2010. Pág. 120.

<sup>8</sup> RODRÍGUEZ INIESTA, G.: “VI. La pensión de viudedad”, en VV.AA: *Tratado de Derecho de la Seguridad Social*, Tomo II, MONEREO PÉREZ, J. L., RODRÍGUEZ INIESTA, G. (Dirs.), Ed. Laborum, Murcia, 2017, pág. 118-119. Para el autor mencionado, la anomalía o no de la unión matrimonial derivaría de que el matrimonio respetase o no los valores jurídicos de la Constitución Española, relativos a la forma de celebración del mismo, así como a la capacidad y al consentimiento prestado para consolidar tal unión (arts. 10.1, 14, 16 y 32 CE).

<sup>9</sup> Arts. 61 a 65 CC, 69 a 80 LRC y 255 a 259 RRC.

como pareja de hecho. Pero nos encontraríamos con una respuesta negativa, puesto que el concepto de pareja de hecho a efectos de Seguridad Social, recogido en el art. 221.2 LGSS, requiere que se cumplan al mismo tiempo dos circunstancias: primera, acreditar una convivencia física previa (lo cual, es contrario a las exigencias de la tradición gitana para la celebración de la boda). Segunda, la inscripción de la pareja de hecho en los registros específicos existentes en las comunidades autónomas o ayuntamientos del lugar de residencia o mediante documento público en el que conste la constitución de dicha pareja.

No se cumpliría el primero de los requisitos en la unión matrimonial gitana para reconocer al viudo como beneficiario de la pensión de viudedad. Para que se cumpliera el segundo requisito, no bastaría el Libro de familia conjunto<sup>10</sup>. Por tanto, en el caso enjuiciado por la STS de 25 de enero de 2018, quedaría desestimada la posibilidad de reconocer la unión por el rito gitano como pareja de hecho.

## VII. LA BUENA FE POR CREENCIA ERRÓNEA

La STEDH de 8 de diciembre de 2009, a la que venimos refiriéndonos, toma en consideración dos circunstancias, para fallar en favor del reconocimiento de la pensión de viudedad a una viuda gitana: primera, la convicción de la viuda de que había contraído matrimonio con los efectos jurídicos derivados del mismo; segunda, el reconocimiento de la unión como «matrimonio» en determinados documentos oficiales, reforzando esa convicción.

En este sentido, el TEDH acude a la convicción de buena fe de la viuda en que su unión tendría todos los efectos jurídicos, y compara su situación con otros supuestos en que la ley utiliza la buena fe para otorgar efectos jurídicos a casos en los que no concurren los requisitos legales. De ahí que concluya que, en el caso de la pensión para la viuda gitana, habría que actuar del mismo modo, so pena de incurrir en una diferencia de trato desproporcionada en perjuicio del supuesto debatido.

Sin embargo, para el TS, en su sentencia de 25 de enero de 2018<sup>11</sup>, no cabe la aplicación de la doctrina del TEDH de 8 de diciembre de 2009 al caso que enjuicia, puesto que esa buena fe en la creencia errónea no concurre, en la medida en que, tanto en el Libro de Familia como en las inscripciones de nacimiento, constaba que los progenitores eran “solteros” y que los hijos eran “extramatrimoniales”, por lo que los propios miembros de la pareja gitana ya se habían ocupado de confirmar que no se consideraban miembros de ningún matrimonio.

## VIII. PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN POR RAZÓN DE ETNIA<sup>12</sup>

Otro argumento, que la STEDH de 8 de diciembre de 2009 destaca, es el relativo a la vulneración por el Estado español, del principio de igualdad y la no discriminación por razón de etnia.

Por un lado, la viuda gitana alegó que se habían vulnerado por el Estado español, dos preceptos, el art. 14 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, en combinación con el artículo 12 del mismo texto. El primero de los preceptos proclama la prohibición de discriminación, estableciendo que «el goce de los derechos y libertades reconocidos en el presente Convenio ha de ser asegurado sin distinción alguna, especialmente por razones de sexo, raza, color, lengua, religión, opiniones políticas u otras, origen nacional o social, pertenencia a una minoría nacional, fortuna, nacimiento o cualquier otra situación». El segundo precepto establece el derecho a contraer matrimonio, disponiendo que «a partir de la edad núbil, el hombre y la mujer

<sup>10</sup> Así en STS 23 enero 2012 (RJ 2012, 2149).

<sup>11</sup> FJ 3º.

<sup>12</sup> Un estudio detallado al respecto, en BERENGUER ALBALADEJO, C.: “El principio de igualdad y no discriminación en relación con la pensión de viudedad y el “matrimonio gitano””, Revista *Derecho Privado y Constitución* ISSN: 1133-8768. Núm. 24, enero-diciembre 2010.

tienen derecho a casarse y a fundar una familia según las leyes nacionales que rijan el ejercicio de este derecho».

En respuesta a dichas alegaciones, el TEDH resuelve que no se ha producido vulneración alguna del art. 14 en relación con el art.12 del Convenio, puesto que el hecho de que las uniones gitanas no originen efectos civiles en el sentido deseado por la demandante no constituye una discriminación ilegal<sup>13</sup>.

Por otro lado, se alegaba, por la demandante ante el TEDH, que la denegación de la pensión de viudedad por el Estado español, apoyada en exclusiva en el argumento de que su matrimonio está desprovisto de efectos civiles, implica una violación también del art. 14 del Convenio citado en concordancia con el art. 1 del Protocolo n.º 1 del Convenio, que consagra la protección de la propiedad y según el cual «toda persona física o moral tiene derecho al respeto de sus bienes» y «nadie podrá ser privado de su propiedad más que por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la Ley y los principios generales del derecho internacional».

Ante esta alegación, el TEDH dictamina que se ha vulnerado el artículo 14 del Convenio en combinación con el art. 1 del Protocolo n.º 1, realizando una interpretación amplia del concepto de propiedad, que incluye en el mismo las «expectativas de derecho»<sup>14</sup>, lo que, trasladado a nuestro caso, sería la expectativa de la viuda gitana de tener derecho a la pensión de viudedad. Se considera vulnerado el principio de igualdad del art. 14 CEDH, en la medida en que las autoridades nacionales han ofrecido un trato distinto y peor a la viuda gitana que el tratamiento dado por la ley y la jurisprudencia a otros supuestos análogos en los que tampoco existía vínculo matrimonial válido, solo porque la unión de la pareja se produjo conforme a los usos y costumbres de la comunidad étnica gitana. Según observa el TEDH en esta sentencia de 8 de diciembre de 2009, no debería haberse tratado la unión gitana como una pareja de hecho, sino como un matrimonio nulo que de buena fe se considera existente y que, por tanto, genera el derecho a la pensión de viudedad<sup>15</sup>. En definitiva, sostiene el TEDH que esa unión por el rito gitano debería haberse tratado como otras situaciones en las que, con carácter excepcional, se concede la pensión de viudedad a pesar de que no existe un vínculo matrimonial válidamente formalizado.

En este sentido, el supuesto se califica como de “discriminación por indiferenciación”. Con carácter general, la discriminación se define como un tratamiento jurídico dispar ante situaciones iguales, sin que exista una causa objetiva y razonable para ello, ni se aprecie proporcionalidad entre los medios empleados y el fin perseguido. La “discriminación por indiferenciación” implica que no se ha producido un trato diferente para corregir una desigualdad, cuando las situaciones de partida eran disparejas, y sin que se haya observado ni justificación ni proporcionalidad.

No obstante, nuestra doctrina científica no acepta este planteamiento, sino que lo rebate puesto que la nulidad implica el incumplimiento de un requisito esencial que podría haberse cumplido, mientras que la unión por el rito gitano no está contemplada en nuestro Derecho, y, por tanto, carece de efectos civiles, pero no porque sea nulo, sino porque no existe. De lo anterior, se deduce que la unión por el rito gitano no existe jurídicamente y de ahí deriva la denegación de la pensión de viudedad<sup>16</sup>.

<sup>13</sup> Ap. 81 de la STEDH de 8 de diciembre de 2009.

<sup>14</sup> Vid. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C.: “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la pensión de viudedad en caso de unión celebrada conforme al rito gitano”, *Aranzadi Social*, n.º 18/2009, www.westlaw.es (BIB 2009/2052), pág. 7.

<sup>15</sup> De modo similar, el Tribunal Constitucional ha concedido el derecho a la pensión de viudedad en casos en que resultaba imposible contraer matrimonio canónico dada la imposibilidad de divorciarse (STC 155/1998, de 13 de junio, por ejemplo), o en que el matrimonio canónico no se había inscrito voluntariamente en el Registro Civil (STC 199/2004, de 15 de noviembre).

<sup>16</sup> RODRÍGUEZ CARDO, I., «Forma matrimonial y pensión de viudedad: en particular, el matrimonio por el rito gitano», *Repertorio Aranzadi del Tribunal Constitucional*, n.º 16/2007 (Estudio), www.westlaw.es (BIB 2007/2256). En este sentido, también SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C., «El Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la pensión de viudedad en caso de unión celebrada conforme al rito gitano», cit., pág. 9.

En el caso que estamos examinando, la sentencia del TSJ andaluz mencionada no atendió el argumento de la discriminación por razón de etnia, y se mostró reacia a aplicar, para estos hechos, la Directiva 2000/43/CE y otra serie de normas internacionales encaminadas a conseguir la igualdad de los individuos en el disfrute de sus derechos y la no discriminación. Para ello, se fundamenta que estas disposiciones se limitan a recoger declaraciones programáticas y genéricas, o se dirigen a eliminar cualquier forma de discriminación racial, por lo que no resultarían aplicables en este caso, en la medida en que no se puede calificar como de discriminación prohibida el no reconocimiento de efectos civiles al matrimonio celebrado por un rito particular.

En la misma línea que el TSJ, el TS, en su sentencia objeto del presente comentario, declara que el principio de igualdad - art. 14 CE - no consagra un derecho subjetivo al trato normativo desigual. Añade el Tribunal Supremo lo siguiente<sup>17</sup>:

- Los colectivos étnicos y culturales minoritarios merecen protección jurídica.
- Aunque se tengan en cuenta los intereses en conflicto, no obstante, debe primar la aplicación de la ley en los aspectos en que se ponga de manifiesto esa diversidad étnico-cultural, como sucede con la institución del matrimonio, por ejemplo.
- De no otorgar primacía a la aplicación de la ley, estarían en peligro la seguridad jurídica y la aplicación uniforme de la ley.

## IX. CONCLUSIONES

1. A lo largo de las páginas anteriores, hemos ido desgranando los diversos argumentos jurídicos que se suelen emplear para el reconocimiento de la pensión de viudedad en caso de uniones por el rito gitano.  
Hemos descartado la calificación de esa unión como matrimonio, por faltar su inscripción registral, del mismo modo que su consideración como pareja de hecho queda desestimada.
2. Tampoco cabe alegar en el supuesto resuelto por la STS de 25 de enero de 2018, la buena fe por creencia errónea. El hecho de que la viuda gitana creyera de buena fe que su unión bajo el rito gitano tendría efectos jurídicos civiles, como el de la concesión de la pensión de viudedad, ese hecho solo supone una expectativa de derecho, pero no es suficiente para otorgarle el derecho mismo.
3. En nuestro ordenamiento jurídico rige la regla general de que la ignorancia de las leyes no excusa de su cumplimiento (art. 6.1 CC). Por tanto, si la viuda gitana ignoraba que su unión carecía de efectos jurídicos civiles, eso no puede conllevar que se le reconozcan esos efectos, puesto que no ha cumplido con los requisitos legalmente previstos, que se exigen a todos los ciudadanos en su situación, con independencia de si conocían o no las normas concretas aplicables.
4. Los supuestos de hecho -unión bajo el rito gitano, matrimonio, pareja de hecho, matrimonio nulo-, no son comparables, por lo que el tratamiento desigual o diferenciado está justificado y no genera discriminación<sup>18</sup>.
5. Cuando las situaciones son distintas, no se puede calificar de discriminatorio el tratamiento desigual de aquéllas. Precisamente ante situaciones iguales, el tratamiento debe ser igual, pero ante situaciones desiguales, el tratamiento debe ser distinto. Ese trato diverso ante situaciones diferentes no supone discriminación por indiferenciación.
6. La unión por el rito gitano carece de efectos civiles, no porque sea nulo, sino porque es inexistente. De ahí que conlleve la denegación de la pensión de viudedad.

<sup>17</sup> STS de 25 de enero de 2018, FJ 3º 1. c.

<sup>18</sup> En este sentido se pronuncia CABEZUELO ARENAS respecto de la STEDH de 8 de diciembre de 2009. CABEZUELO ARENAS, A. L.: «Matrimonio y parejas de hecho. ¿Es necesaria una reforma del sistema matrimonial español? A propósito de una inexistente discriminación por motivos étnicos», *Derecho Privado y Constitución*, n.º 21, 2007, págs. 9-62.

7. Cuando el legislador soberano ha tomado sus decisiones legítimamente y las ha plasmado en normas jurídicas, de modo que el Derecho resulta claro en sus preceptos, solo cabe la aplicación del Derecho y su interpretación conforme a la finalidad que el legislador ha fijado. Por tanto, tendría que ser el legislador quien adoptase un nuevo planteamiento, para conseguir que la unión por el rito gitano generase el derecho a la pensión de viudedad.

Mientras eso no suceda, no cabe reconocer la pensión de viudedad para el miembro superviviente de la pareja así vinculada. No olvidemos que, cuando se ha reconocido esa pensión ante una unión por el rito gitano, ha sido seleccionando circunstancias del caso concreto que dirigen hacia la concesión de la pensión de viudedad, pero con el carácter de excepcional, y, por tanto, no extrapolable como precedente para supuestos futuros.



# CAPÍTULO XXVIII. LA PROTECCIÓN A LA FAMILIA EN EL ÁMBITO AGRARIO

JUAN ROMERO CORONADO

*Profesor Contratado Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de Granada*

## I. LA SITUACIÓN DE LAS FAMILIAS EN EL MEDIO RURAL

### 1. LAS CONDICIONES DE VIDA DE LAS FAMILIAS EN LOS ENTORNOS AGRARIOS

Si bien en los últimos decenios se han logrado avances importantes, muchas familias en el ámbito rural tienen un nivel de renta más bajo en términos generales que las familias que residen en zonas urbanas careciendo de menores posibilidades para el acceso a los bienes y a los servicios necesarios y, en consecuencia, teniendo un mayor riesgo de exclusión social. El acceso a los recursos, la educación o los servicios de salud es más complicado en un entorno rural por lo que los riesgos para el bienestar físico y mental y el desarrollo de los miembros de la unidad familiar en este contexto son más evidentes.

La cuantificación de la problemática de la familia rural en términos monetarios no refleja a fondo todo el panorama del sin número de privaciones que pueden padecer estas familias, incluso si su nivel de vida supera un determinado umbral económico. Así, esta situación de riesgo familiar rural es pluridimensional y las privaciones suelen reforzarse entre sí. Se superponen varios factores como los menores niveles de renta, la complejidad en las condiciones de trabajo, las deficiencias en la atención sanitaria, la escasez de recursos educativos, la pervivencia de estructuras tradicionales que dificultan el desarrollo económico y social, la falta de estructuras adecuadas y modernas para facilitar el acceso o servicios como el saneamiento y la limpieza, las mayores dificultades para la escolarización y la mayor proliferación del trabajo infantil y del trabajo pesado no remunerado<sup>1</sup>.

Las familias que residen en los entornos rurales tienen menos posibilidades de alcanzar niveles altos de desarrollo, pues todas sus posibilidades son limitadas en comparación con las familias que viven en los entornos urbanos. En general, presentan unos niveles elevados de pobreza, informalidad y empleo independiente, una gran dependencia de la agricultura de subsistencia, una

---

<sup>1</sup> En el ámbito agrario diversos estudios internacionales ponen de manifiesto que las necesidades de los niños están más desatendidas que en el entorno urbano. La escasez de recursos en la niñez puede prolongar la pobreza para el resto de la vida; incluso periodos breves de privación pueden repercutir en el desarrollo infantil a largo plazo. Las estimaciones indican que casi la mitad de la población de 900 millones de personas del mundo que viven en situación de carestía son niños y sobre todo de entornos agrarios. UNICEF: *Child Mortality Estimates*, Nueva York, Unicef, 2015. Disponible en [www.data.unicef.org/topic/child-survival/under-five-mortality](http://www.data.unicef.org/topic/child-survival/under-five-mortality). Este fenómeno resulta un tanto paradójico porque mientras que el objetivo a nivel global es hacer frente al retraso en el crecimiento, la gran preocupación en los países desarrollados es la obesidad, también en los entornos rurales ya que es la población con menos recursos la que presenta mayores desajustes en alimentación. Así, en 41 países de la OCDE, un promedio del 15,3 por ciento de los niños de entre 11 y 15 años de edad padecen obesidad o sobrepeso. UNICEF: *Mapping the Global Goals for Sustainable Development and the Convention on the Rights of the Child*, Nueva York, Unicef, 2016; UNICEF: *Construir el futuro. Los niños y los Objetivos de Desarrollo Sostenible en los países ricos*, Florencia, Centro de Investigaciones Innocenti de UNICEF, 2017 y UNICEF: *Estado Mundial de la Infancia 2016: Una oportunidad justa para cada niño*, Nueva York, Unicef, 2016, p.72.

baja alfabetización y los riesgos económicos asociados a la agricultura y a unas condiciones de trabajo peligrosas son elementos característicos de estas familias<sup>2</sup>.

Las condiciones de trabajo en la agricultura generan situaciones de inestabilidad en los ingresos familiares debido a la incertidumbre climática que pueden afectar a las cosechas, la degradación del medio ambiente, los desastres naturales, como sequías o inundaciones, la urbanización y la migración. El cambio climático aumenta la frecuencia de crisis tales como inundaciones, sequías, olas de calor y otros fenómenos extremos. Las familias rurales están expuestas a las consecuencias de esas crisis: cosechas fallidas y pérdida de los medios de subsistencia; desarreglo de los sistemas hídricos; reservas hídricas contaminadas causantes de brotes de enfermedades transmitidas por vectores o por alimentos; e inseguridad alimentaria<sup>3</sup>.

Además, el aumento de las temperaturas puede favorecer la propagación de enfermedades a regiones donde no había antes enfermedades de este tipo. Por ello, es preciso reforzar las intervenciones de socorro de emergencia, y también los sistemas y demás infraestructuras de salud en el ámbito agrario y concebirlas de manera que puedan afrontar esas situaciones de emergencia. Los desastres afectarán mucho más a las familias agrarias, ya que su capacidad para afrontar esos riesgos es más limitada. Las familias con escasez de rentas suelen ser las primeras en tener que servirse de recursos no saludables, saltar comidas o retirar a los niños del entorno educativo.

Las zonas rurales también se caracterizan por unas infraestructuras de escasa calidad, como la falta de transporte, conexión de Internet pobre, suministro de electricidad inestable, servicios públicos deficientes y de poca calidad, con un número limitado de médicos, enfermeras y maestros en muchos lugares. La baja capacidad contributiva resultante, los elevados costos administrativos, la falta de capacidad para poner en marcha programas y sistemas, y el escaso nivel de organización entre los trabajadores o productores independientes suelen causar problemas cuando se intenta extender la protección social en los entornos rurales informales<sup>4</sup>.

Una estrategia de supervivencia de las familias rurales es desplazarse dentro del propio país o emigrar fuera, sobre todo para realizar funciones de recolección. En los últimos decenios ha habido un repunte en los desplazamientos de población y migración como consecuencia de la crisis económica. Los desplazamientos afectan especialmente a estas familias, no sólo por los riesgos para la salud, sino también porque la familia puede verse separada durante el desplazamiento, y por los riesgos de la migración, que pueden provocar trastornos mentales y trastornos de estrés postraumático. Si bien todavía no hay datos sobre la ola migratoria más reciente, los estudios realizados sobre generaciones precedentes indican que las familias rurales migrantes en países europeos corren mayor riesgo de escasez de ingresos, interrupción de la escolarización de los niños y abandono escolar precoz, lo cual también afecta negativamente las perspectivas de cara a la incorporación al mercado laboral<sup>5</sup>.

<sup>2</sup> El ámbito agrario es el más afectado por la carestía económica. Muestra de ello son los datos sobre pobreza infantil que afecta a la situación de estas familias. Más de dos terceras partes de los niños que viven en estos entornos carecen de dos o más necesidades básicas. Y, todavía en este contexto la mortalidad por causas evitables sigue siendo más elevada. Casi la mitad de las muertes son atribuibles a la malnutrición. muestran un retraso en el crecimiento e inician sus vidas con notables desventajas. UNICEF, OMS; GRUPO DEL BANCO MUNDIAL: *Levels and trends in child malnutrition: Joint malnutrition estimates*, Nueva York, Ginebra y Washington D.C., Unicef, OMS y Grupo del Banco Mundial, 2016 y DE MILLIANO, M. y PLAVGO, I., *Analysing child poverty and deprivation in sub-Saharan Africa*, Florencia, Centro de Investigaciones Innocenti de UNICEF, 2014, p. 18.

<sup>3</sup> En la actualidad, una gran parte de las familias rurales viven en zonas donde la sequía es grave o sumamente grave, y otro grupo de familias agrarias viven en zonas sumamente expuestas a inundaciones. UNICEF: *Unless we act now: The impact of climate change on children*, Nueva York, Unicef, 2015, p. 11.

<sup>4</sup> ROMERO CORONADO, J.: *El programa para el fomento del empleo agrario. Hacia una estrategia global para la promoción del empleo en las zonas rurales*, Granada, Comares, 2016, p. 10.

<sup>5</sup> BRUCKAUF, Z.; CHZHEN, Y.; TOCZYDLOWSKA, E., Bottom-end inequality: Are children with an immigrant background at a disadvantage?, *Innocenti Research Brief*, n.º. 07, 2016.

## 2. FAMILIARES ESPECIALMENTE AFECTADOS POR EL CONTEXTO AGRARIO: MUJERES Y NIÑOS

La exclusión y vulnerabilidad de las familias rurales afectan a la inseguridad de los ingresos y las insuficiencias en el desarrollo físico y mental de los niños de este entorno. Los niños de las familias rurales están aún más expuestos a la pobreza en muchos aspectos; tienen más probabilidades de no estudiar, proliferan en mayor medida los casos de trabajo infantil, y el nivel de pobreza de ingresos es más elevado<sup>6</sup>.

En países de ingresos altos, entre los que se encuentra nuestro país, la pobreza infantil rural se está convirtiendo en una preocupación. El 21,1 por ciento de los niños de la Unión Europea corren riesgo de pobreza, frente al 16,3 por ciento de los adultos y ello resulta evidente en los sectores de mayor exclusión, como es el caso de las poblaciones rurales. En Europa, desde la crisis económica y financiera, la pobreza infantil ha aumentado en varios países, incluidos Bélgica, Bulgaria, Eslovaquia, Eslovenia, España, Estonia, Francia, Grecia, Hungría, Luxemburgo, Malta, Portugal, República Checa, Rumanía, Suecia, a consecuencia de los efectos combinados de bajas tasas de empleo y recortes por austeridad<sup>7</sup>.

Los niños del ámbito rural viven la vulnerabilidad, la pobreza y los riesgos de modo diferente al de los adultos. En especial en la primera infancia, cuando más graves son los daños de las privaciones, dependen completamente de sus cuidadores y no tienen posibilidades de valerse por sí mismos. Esa dependencia de los adultos también los expone más a la violencia y a otras formas de maltrato y explotación, como el trabajo infantil. Incluso en la adolescencia, estos niños no tienen posibilidades de hacerse oír, y en muchos casos crecen en instituciones propias de una tradición, en las que los derechos y necesidades de la infancia no constituyen una prioridad máxima.

Además de la infancia otro aspecto que reviste gran importancia en las familias rurales es el de la igualdad de género, sobre todo a la hora de superar la división en función del sexo de los cuidados y el trabajo doméstico no remunerados. En el ámbito agrario se pone especialmente de manifiesto la desigualdad de oportunidades y de resultados entre mujeres y hombres<sup>8</sup>.

En las zonas rurales, la mujer afronta una doble desventaja para acceder a la protección social. Se encuentra en la intersección entre las desigualdades geográficas, en que las zonas rurales están relativamente desfavorecidas respecto de las urbanas, y las desigualdades de género, en que las mujeres y las niñas se enfrentan con diversas desventajas en comparación con los hombres y los niños. Las desigualdades de género incluyen el acceso no equitativo a la educación y empleo, diferencias salariales persistentes por razones de género, oportunidades limitadas de generación de ingresos, distribución desigual de responsabilidades en el cuidado de la familia, y limitaciones relacionadas con el género en el acceso a los servicios sociales.

En este ámbito las mujeres realizan la mayor parte del trabajo doméstico no remunerado, incluso a edades tempranas. Las mujeres rurales son mucho más propensas a realizar las tareas del hogar que los varones y estas tareas incluyen el cuidado de los niños o de algún adulto que lo necesita<sup>9</sup>. Esta división del trabajo en función del género acompaña a las mujeres rurales a lo largo de toda su existencia y establece como norma el reparto desigual del trabajo doméstico y de cuidados. Además de las desigualdades por razones de género, en las familias rurales persisten

<sup>6</sup> OIT, *Indigenous peoples and climate change: From victims to change agents through decent Work*, Ginebra, 2017.

<sup>7</sup> CANTILLON, B.; CHZHEN, Y.; HANDA, S.; NOLAN, B., *Children of austerity: Impact of the Great Recession on child poverty in rich countries*, Oxford, Oxford University Press, 2017; ORTIZ, I. y CUMMINS, M., *A recovery for all: Rethinking socio-economic policies for children and poor households*, Nueva York, Unicef, 2012.

<sup>8</sup> ROMERO CORONADO, J.: *El programa para el fomento del empleo agrario. Hacia una estrategia global para la promoción del empleo en las zonas rurales*, cit., p. 24.

<sup>9</sup> En base a los estudios realizados, se infiere que las mujeres de los entornos rurales son mucho más propensas a realizar tareas del hogar que los varones, y que las tareas incluyen el cuidado de los hijos o de algún adulto que lo necesita. MUÑOZ BOUDET, PETESCH Y TURK, *On norms and agency: conversations about gender equality with women and men in 20 countries*, Washington D.C., Banco Mundial, 2012 y OIT, *Las mujeres en el trabajo. Tendencias de 2016*, Ginebra, OIT, 2016, p. 75.

otras desigualdades inter-generacionales o en relación con determinados grupos de población que todavía ahondan más la división socio-económica que se aprecia con las familias de las zonas urbanas.

## II. LA PROTECCIÓN SOCIAL COMO INSTRUMENTO PARA PROMOVER EL BIENESTAR DE LAS FAMILIAS AGRARIAS

Las medidas de protección social representan una herramienta poderosa para dar alivio inmediato a las familias del mundo agrario en niveles de exclusión. Las disposiciones de protección social pueden activar un ciclo virtuoso en el que aumenta la capacidad de los progenitores de generar ingresos, y también la disposición a embarcarse en actividades de mayor riesgo o de rendimiento más elevado. Por ello, un componente importante en el marco de la protección social en el ámbito rural son las políticas relativas a las prestaciones familiares<sup>10</sup>.

Los sistemas de protección social, y en especial los pisos de protección social, desempeñan un papel importante como instrumento para mejorar el bienestar general de las familias rurales, prevenir los posibles riesgos, aumentar su acceso a los bienes y servicios necesarios, salud, educación y cuidados, y reducir el trabajo infantil, de manera que puedan desarrollar su potencialidad y romper el círculo vicioso de exclusión y vulnerabilidad. Además, su función social es decisiva para hacer efectivos los derechos de la población rural a la seguridad social y a un nivel de vida adecuado<sup>11</sup>.

La protección social de la familia es esencial para reducir y prevenir la exclusión de la población rural, y guarda estrecha relación con el cumplimiento de las metas de desarrollo sostenible, en especial por lo que respecta a asegurar por lo menos un nivel mínimo de protección para todos, como parte de los pisos de protección social definidos a nivel nacional. Las prestaciones en la materia constituyen un ingreso estable y previsible, e impiden que los hogares recurran a estrategias dañinas, como retirar a los niños de la escolarización, recortar el gasto en alimentos o vender bienes productivos ante una crisis.

A la hora de extender la protección social a la familia rural se tiene que tener en cuenta la necesaria coordinación de las políticas y estrategias de protección social destinadas con carácter general a la economía rural y también con otros ámbitos de intervención. La protección a la familia se convierte así en un eje dentro de la estrategia fundamental para eliminar la pobreza y la exclusión que supone proporcionar protección social a la población rural. Este marco de protección familiar permite asegurar la disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad de la atención social, y abordar las desigualdades entre las zonas urbanas y las rurales en cuanto al acceso a los recursos públicos.

Las prestaciones familiares juegan así un papel en la promoción de la sostenibilidad y la inclusión en la economía rural configurándose como transferencias sociales que suponen un medio para impulsar la economía rural local. De esta forma, representan un apoyo para la transición a la modernización y formalidad en las zonas rurales, eliminando los riesgos que representan la informalidad en la economía rural y la inseguridad alimentaria. Inciden directamente en el marco de protección social de los pequeños productores y microempresas favoreciendo la extensión de las estructuras administrativas y de prestación de servicios a las zonas rurales, velando por que las poblaciones de esas zonas puedan beneficiarse efectivamente de tales servicios, incluidos la atención sanitaria, la educación y las infraestructuras.

<sup>10</sup> Sobre la extensión de la Protección Social en España a los Trabajadores Agrarios véase MONEREO PÉREZ, J.L. Y ROMERO CORONADO, J.: *Seguridad Social Agraria. La reforma de su Régimen Jurídico en una Sociedad en Transformación*, Granada, Comares, 2013, pp. 9-27.

<sup>11</sup> Las cifras de la cobertura efectiva indican que el 35 por ciento de los niños del mundo percibe prestaciones de protección social, y que hay importantes disparidades entre regiones. OIT: *Informe Mundial sobre la Protección Social 2017-2019. La protección social universal para alcanzar los Objetivos de Desarrollo Sostenible*, Ginebra, OIT, pp. 18-20.

Estas prestaciones pueden coadyuvar a garantizar la dimensión de género en el marco de la protección social y aumentar las sinergias entre los mecanismos de prestación de servicios que ayudan a proporcionar las prestaciones de protección social, a fin de establecer vínculos entre las intervenciones de protección social y otras intervenciones del mercado de trabajo. Además, representan una ventaja para proporcionar y asegurar la cobertura de seguridad social a los migrantes en las zonas rurales y procedentes de ellas.

Las consideraciones de equidad son fundamentales en este sentido, y habría que reflejarlas en cualquier estrategia destinada a extender la protección social a las familias rurales. Es poco probable que los objetivos ya citados puedan conseguirse si no se aumentan los recursos invertidos en la protección social de la familia. La función complementaria de las prestaciones monetarias y los servicios de cuidado infantil, la disponibilidad, tanto para las mujeres como para los hombres, de prestaciones adecuadas relativas a los permisos de maternidad y para el cuidado infantil, en particular en caso de hijos enfermos o con discapacidad, así como de servicios de cuidado infantil y de educación de la primera infancia son esenciales para garantizar la seguridad de los ingresos y el bienestar familiar. Las medidas adoptadas por los empleadores para facilitar la conciliación de las responsabilidades laborales y familiares de los progenitores con hijos también desempeñan un papel fundamental<sup>12</sup>.

De manera particular las intervenciones de protección social de la familia benefician a la infancia en diversos aspectos. La manutención de los niños en última instancia depende de la familia; así pues, la gama de medidas e instrumentos normativos disponibles para mejorar la seguridad de los ingresos y la protección social de la familia es muy amplia. Muchos estudios han confirmado los efectos positivos de los regímenes de protección social, como las asignaciones familiares, los subsidios sociales, la prestación de maternidad y para el cuidado infantil –en especial cuando ambos progenitores las aprovechan–, los programas de alimentación escolar, y los programas de cuidado infantil y de educación de la primera infancia, sobre la pobreza, la nutrición infantil, la escolarización, el rendimiento escolar, el estado de salud, y el trabajo infantil<sup>13</sup>.

La declaración Joint Statement on Advancing Child-sensitive Social Protection<sup>14</sup> especifica que la finalidad del diseño, de la implementación y la evaluación de los programas de protección social atentos a las necesidades de la infancia debe evitar repercusiones perjudiciales para los niños, y reducir o mitigar los riesgos socioeconómicos que afecten directamente a su vida; intervenir tan pronto como sea posible cuando los niños estén en situación de riesgo, a fin de evitar daños o deterioros irreversibles; tener en cuenta los riesgos y las vulnerabilidades específicas de la edad y del sexo de los menores en todo el ciclo de vida; mitigar las consecuencias de las crisis, la exclusión y la pobreza en las familias, y reconocer que las familias con niños necesitan ayuda para poder gozar de igualdad de oportunidades; adoptar disposiciones especiales para beneficiar a los niños particularmente vulnerables y excluidos, en particular, a los niños que carecen de cuidado parental y a los marginados dentro de la familia o la comunidad por razones de género, discapacidad, origen étnico, VIH y sida, o por otros factores; tomar en consideración los mecanismos y la dinámica intrafamiliar que puede afectar a la forma de llegar a los niños, y prestar especial atención al equilibrio de poder entre mujeres y hombres en la familia y en la comunidad más amplia y tener en

<sup>12</sup> OIT, *Las mujeres en el trabajo. Tendencias de 2016*, Ginebra, OIT, 2016.

<sup>13</sup> OIT, *Informe mundial sobre el trabajo infantil: Vulnerabilidad económica, protección social y lucha contra el trabajo infantil*, Ginebra, OIT, 2013 y BASTAGLI F. ET AL., *Cash transfers: What does the evidence say? A rigorous review of programme impact and of the role of design and implementation features*, Londres, Overseas Development Institute, 2016.

<sup>14</sup> Para optimizar el efecto en los niños, todas las intervenciones de protección social deben respetar los principios establecidos en la declaración Joint Statement on Advancing Child-sensitive Social Protection de 2009, formulada por una coalición de organismos de las Naciones Unidas, organismos donantes bilaterales y ONG internacionales. Sin embargo, determinadas tendencias mundiales agravan la situación vulnerable de los niños, y en ocasiones provocan retrocesos en los logros del pasado. OIT: *Informe Mundial sobre la Protección Social 2017-2019. La protección social universal para alcanzar los Objetivos de Desarrollo Sostenible*, Ginebra, OIT, pp. 13 y ss.

cuenta las ideas y opiniones de los niños, de sus cuidadores, y de los jóvenes en la concepción y el diseño de los sistemas y programas de protección social<sup>15</sup>.

Otro colectivo que se ve especialmente beneficiado por este tipo de medidas de protección a la familia es el de las mujeres. Si se contara con servicios de atención asequibles y de calidad, muchas mujeres del ámbito agrario se verían liberadas de la responsabilidad de cuidar a niños. Mientras no se cuente con un marco de políticas propicio que dé prioridad a las necesidades y exigencias de la mujer rural, no será posible hacer efectivos los derechos de la familia agraria a la seguridad social, a un nivel de vida, salud, educación y cuidados adecuados, y tampoco al cumplimiento de los objetivos de la Agenda 2030 de Desarrollo Sostenible<sup>16</sup>.

Este conjunto de medidas es especialmente importante para facilitar las actividades económicas productivas de la mujer en el ámbito agrario y para promover, simultáneamente, una distribución equitativa del trabajo del cuidado infantil no remunerado entre las mujeres y los hombres. Ambos aspectos son decisivos para romper el ciclo de las desigualdades de género que atrapan a las mujeres rurales en empleos informales y mal remunerados, y que las privan de toda protección social en la edad de trabajar y en la vejez<sup>17</sup>.

### III. LAS PRESTACIONES FAMILIARES EN EL MUNDO AGRARIO

#### 1. LA DIVERSIDAD DE PRESTACIONES QUE PUEDEN BENEFICIAR A LAS FAMILIAS AGRARIAS

La adopción de programas de prestaciones familiares o por hijos es uno de los medios de extensión de la protección social en las zonas rurales. La familia adquiere especial significación en el ámbito agrario. En muchos casos las labores agrarias vienen organizadas y estructuradas sobre la base del componente familiar. Para su protección existen diversas técnicas de Protección Social. Así, se puede hablar de una protección específica por razón del hecho familiar o también puede darse una protección que suponga una concreción en el resto de las prestaciones en función de las cargas familiares de las que tiene que hacerse cargo el beneficiario. La viabilidad futura de una u otra técnica sólo será posible en función del grado de suficiencia que cada una de ellas representen para atender las necesidades generales que representa el fenómeno familiar en general y el de la familia agraria en particular<sup>18</sup>.

El marco jurídico de las prestaciones familiares está reconocido en las disposiciones sobre materia de derechos humanos de las Naciones Unidas. Desde esta perspectiva, se reconoce a las familias el derecho a la seguridad social, teniendo en cuenta los recursos y circunstancias, sobre todo, de los hijos a cargo y de las personas encargadas de su manutención, el derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure la salud y el bienestar, y el derecho a cuidados y asistencia especiales. Así la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño establece en su artículo 26

<sup>15</sup> DFID ET AL., *Joint statement on advancing child-sensitive social protection*, Nueva York, 2009. Esta declaración conjunta fue elaborada por DFID (Department for International Development), HelpAge International, Hope & Homes for Children, el Instituto de Estudios para el Desarrollo, Organización Internacional del Trabajo, Overseas Development Institute, Save the Children UK, el PNUD, el UNICEF y el Banco Mundial.

<sup>16</sup> Los derechos de la familia están presentes y se abordan en toda la Agenda 2030 de Desarrollo Sostenible y en varios de los objetivos de desarrollo sostenible, como los relativos a la pobreza, el hambre, la salud, la educación, la igualdad de género, el trabajo decente, la desigualdad, las ciudades sostenibles y las sociedades pacíficas e inclusivas UNICEF: *Mapping the Global Goals for Sustainable Development and the Convention on the Rights of the Child*, cit.

<sup>17</sup> ALFERS, L., *Our children do not get the attention they deserve: A synthesis of research findings on women informal workers and child care from six membership-based organizations*, Durban, WIEGO, 2016 y MOUSSIE, R., *Women Informal Workers Mobilizing for Child Care*, Durban, WIEGO, 2016.

<sup>18</sup> Por ello se ha venido planteando la necesidad del establecimiento de medidas concretas que atiendan el fenómeno familiar no solamente por separado sino también de una manera integrada en las otras prestaciones. Y es que se advierte que la finalidad de las prestaciones no es sólo proporcionar la garantía de un nivel de vida a una persona concreta, individualmente hablando, sino que también al núcleo familiar al que pertenece en la medida en que dicha persona puede constituirse en el sostenedor económico de la misma. ROMERO CORONADO, J.: *La Protección Social Agraria*, Granada, Editorial Universidad de Granada, p. 332.

que “los Estados Partes reconocerán a todos los niños el derecho a beneficiarse de la seguridad social, incluso del seguro social, y adoptarán las medidas necesarias para lograr la plena realización de este derecho de conformidad con su legislación nacional”. Por su parte el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales exige a los Estados que concedan a la familia la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente mientras esta sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo.

En la mayoría de los casos son programas de transferencia en efectivo de carácter no contributivo. Estos programas ofrecen prestaciones periódicas en efectivo a todas las familias del ámbito agrario, o en particular a las familias con menos recursos, y han demostrado tener un efecto importante en diversos aspectos del desarrollo humano, independientemente de que las prestaciones estén explícitamente relacionadas con la salud y la educación, en el supuesto de las prestaciones condicionadas, o no lo estén, en cuyo caso se está ante prestaciones no condicionadas. Por consiguiente, para dar cobertura efectiva a las familias rurales es crucial adoptar una combinación de mecanismos financieros, estrategias y herramientas complementarias basadas en los principios de equidad y solidaridad.

Estas transferencias sociales, en efectivo o en especie<sup>19</sup>, se pueden organizar mediante diferentes modelos de protección social. Así, según sean los mecanismos de financiación utilizados, estos modelos de cobertura a las familias se pueden clasificar en función de los dos grandes grupos de prestaciones en los que se divide el sistema de protección social: el contributivo y el no contributivo. En muchos países, incluido España, coexisten regímenes de distintas clases, que pueden proporcionar prestaciones para contingencias semejantes a diferentes grupos de población.

Los principales instrumentos de política social incluyen, entre otros aspectos, el seguro social, los regímenes universales, los programas de apoyo al ingreso mínimo, los programas de transferencias monetarias condicionadas o no condicionadas y los planes de micro-seguros. Se incluyen dentro de programas reconocidos en la legislación nacional, por lo que suelen ser más estables en cuanto al marco institucional y de financiación, garantizan la cobertura por una cuestión de derechos, y conceden el derecho legal a las familias agrarias y a los particulares en condiciones de beneficiarse. Esos instrumentos deberían coordinarse con miras a promover la cobertura universal y apoyar el desarrollo de estrategias nacionales destinadas a extender la protección social a las familias del ámbito rural, basadas en el enfoque de los pisos de protección social, abordando al mismo tiempo las particularidades de la economía rural.

En España la protección específica a la familia rural se reconoce en los mismos términos, forma, extensión y condiciones que al resto de las familias. No hay normativa específica alguna sobre esta protección para este colectivo en la legislación reguladora. De esta forma, las prestaciones familiares de las que pueden ser beneficiarios los habitantes del medio agrario están destinadas, al igual que las previstas para el resto de los ciudadanos, a cubrir la situación de necesidad económica o de exceso de gastos que produce, para determinadas personas, la existencia de responsabilidades familiares y el nacimiento o adopción de hijos en determinados casos<sup>20</sup>.

Se tratan mayoritariamente de prestaciones no contributivas y entre ellas se encuentran las siguientes: Prestación económica por hijo o menor acogido a cargo, prestación económica por nacimiento o adopción de hijo en supuestos de familias numerosas, mono-parentales y en los

<sup>19</sup> Buena parte de las intervenciones consisten en prestaciones en especie, como alimentación escolar o acceso a servicios. Los programas de alimentación escolar constituyen la modalidad más extendida de prestación en especie a nivel mundial 2015. BANCO MUNDIAL, *The state of social safety nets*, Washington D.C., Banco Mundial, 2015. Los programas de alimentación escolar pueden contribuir a la consecución de varios de los objetivos de desarrollo sostenible como la mejora de la nutrición, la educación, igualdad de género y economía a través de la compra de alimentos locales. PMA, *El estado de la alimentación escolar a nivel mundial*, Roma, Programa Mundial de Alimentos, 2013.

<sup>20</sup> ROMERO CORONADO, J.: *La Protección Social Agraria*, cit., pp. 332 y 333.

casos de madres discapacitadas y prestación económica por parto o adopción múltiple<sup>21</sup>. También existe una protección de carácter contributivo en nuestro país consistente en las siguientes medidas: cómputo de periodos de cotización asimilados por parto, beneficios por cuidado de hijos o menores, consideración como periodo de cotización de la excedencia por cuidado de hijos, consideración como periodo de cotización del primer año de excedencia por cuidado de familiares, complemento de cotización en los supuestos de reducción de jornada y cotización ficticia en los casos de excedencia precedida de periodos de reducción de jornada<sup>22</sup>.

En definitiva, en los sistemas de protección social existe una amplia gama de intervenciones que pueden beneficiar a las familias rurales. Desde prestaciones monetarias familiares o por hijo, universales o específicas, condicionadas o no condicionadas, contributivas o no contributivas y/o financiadas mediante impuestos hasta prestaciones de alimentación escolar, programas de inmunización o de salud y otras transferencias en especie, tales como uniformes escolares o libros de texto gratuitos. Además puede prestarse la exención del pago de determinados servicios, como los servicios de cuidado infantil o, también pueden incluirse dentro de este marco de protección, las prestaciones de seguridad social destinadas a las madres, al padre y a otras personas que prestan cuidados a los niños, las proporcionadas a madres, padres y otros cuidadores durante la prestación de maternidad o paternidad, la excedencia relacionada con un hijo a cargo o para otro tipo de cuidado infantil en caso de hijo enfermo o con discapacidad; servicios de cuidado infantil, educación en la primera infancia hasta la edad mínima legal de incorporación al empleo según la legislación nacional y el reembolso de impuestos a las familias con hijos.

## 2. LAS PRESTACIONES FAMILIARES DE CARÁCTER UNIVERSAL EN EL MUNDO RURAL

El diseño de los regímenes puede variar mucho en cuanto a los niveles de las prestaciones, los criterios de selección de los beneficiarios, los procedimientos de inscripción, y la eficiencia general de la administración. Una cuestión fundamental es si los programas deben limitarse a las familias pobres o si deberían ser universales; los efectos sobre la población y sobre la pobreza son sustancialmente mayores si las prestaciones son universales, pues es frecuente que los programas específicos cometan errores de inclusión y de exclusión, razón por la que en muchos países se ha venido optando por las prestaciones universales por hijo. También hay países que combinan diferentes regímenes para que la cobertura sea universal<sup>23</sup>.

En muchos casos estas prestaciones a favor de las familias rurales solamente se reconocen jurídicamente para las personas que cuentan con un empleo formal, provocando que de esta forma queden excluidas del ámbito de protección las familias rurales más vulnerables<sup>24</sup>. Dentro de estos regímenes relacionados con el empleo se incluyen aquellos financiados mediante contribuciones del empleador y del trabajador, así como los financiados exclusivamente por el empleador.

<sup>21</sup> ALMENDROS GÓNZALEZ, M.A.: “Prestaciones familiares en su modalidad no contributiva” en VV.AA.: *Tratado de Derecho de la Seguridad Social*, MONEREO PÉREZ, J.L. Y RODRÍGUEZ INIESTA, G. (Dir.) y MALDONADO MOLINA, J.A. Y DE VAL TENA, A.L., (Coords.), Murcia, Laborum, 2017, pp. 305-319.

<sup>22</sup> LUJÁN ALCARAZ, J.: “Prestaciones familiares en su modalidad contributiva” en VV.AA.: *Tratado de Derecho de la Seguridad Social*, MONEREO PÉREZ, J.L. Y RODRÍGUEZ INIESTA, G. (Dir.) y MALDONADO MOLINA, J.A. Y DE VAL TENA, A.L., (Coords.), cit., pp. 175-183. Sobre el régimen jurídico particular de cada una de estas prestaciones véanse ALMENDROS GÓNZALEZ, M.A., *La protección social de la familia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005; FERNÁNDEZ DOMÍNGUEZ, J.J. Y MARTÍNEZ BARROSO, M.R., *Las Prestaciones Familiares de la Seguridad Social*, Albacete, Bomarzo, 2007 y ARENAS VIRUEZ, M., *Las Prestaciones Familiares de la Seguridad Social*, Navarra, Thomson Reuters Aranzadi, 2017.

<sup>23</sup> KIDD, S.; GELDERS, B.; BAILEY-ATHIAS, D.: “Exclusion by design: An assessment of the effectiveness of the proxy means test poverty targeting mechanism”, *Extension of Social Security (ESS)*, n.º. 56, 2017.

<sup>24</sup> De los 117 países que cuentan con un régimen de prestaciones familiares/por hijo, 34 prevén disposiciones reglamentarias solo para quienes tienen un empleo formal. La mayor parte de estos países pertenecen a África. Ahora bien, es improbable que los regímenes limitados a los trabajadores del sector formal beneficien a los niños más vulnerables. OIT: *Informe Mundial sobre la Protección Social 2017-2019. La protección social universal para alcanzar los Objetivos de Desarrollo Sostenible*, cit., pp. 18 a 22.



Determinados regímenes relacionados con el empleo también están sujetos a comprobación de los recursos o de la situación económica<sup>25</sup>.

En muchos casos sólo se proporcionan prestaciones no contributivas sujetas a comprobación de recursos, configurando auténticas prestaciones universales no contributivas por hijo a cargo, o prestaciones familiares monetarias, que se suelen simultanear con regímenes contributivos, sobre todo en el caso de Europa. El aumento de estos programas de transferencias monetarias no contributivas incide especialmente dentro de la amplia gama de intervenciones potencialmente beneficiosas para el bienestar infantil<sup>26</sup>. Sin embargo, según algunos estudios, en ocasiones solamente se cubre una pequeña parte de la población rural y se cometen graves errores de exclusión ya que con frecuencia no cubren las necesidades de las familias con menos recursos<sup>27</sup>.

Para facilitar la transición económica y social de las zonas agrarias los programas de prestaciones monetarias por hijo permiten mitigar la pobreza mediante una transferencia condicionada específicamente destinada a hogares en situación de exclusión. Para la aplicación de estas medidas se suelen estipular requisitos de índole social, sanitaria y educativa. Por lo general estas medidas presentan problemas de exclusión para familias con rentas bajas y filtración a hogares no pobres. Son regímenes de carácter universal y suelen atender al nacimiento y a la edad de los menores, situando como referente la edad de 18 años. Se ha demostrado que este tipo de medidas reduce la pobreza en gran medida porcentualmente hablando y rebaja la disparidad de la tasa de pobreza infantil, aumentando el gasto real de los hogares proporcionalmente. Así pues, este modelo reduce apreciablemente la pobreza monetaria, y mucho más si sólo se consideraba a los niños<sup>28</sup>.

Una combinación de regímenes para lograr la protección social de las familias en los entornos rurales puede resultar particularmente efectiva para la extensión de la protección social en este ámbito y avanzar hacia la cobertura universal de la prestación por hijo. La consolidación de los programas de transferencias no contributivas destinadas a las familias con hijos a veces pasa por la supresión de las prestaciones familiares contributivas y deducciones fiscales para los trabajadores de ingresos más altos con hijos. De esta forma las prestaciones por hijo se pueden extender a las familias agrarias con trabajadores desempleados, trabajadores del sector informal agrario y trabajadores por cuenta propia del campo.

Para ello existen fórmulas de acogimiento al régimen simplificado de un único tributo, que comprende el pago de la carga impositiva y lo referente a la seguridad social de los contribuyentes a pequeña escala. También se ofrecen modelos de carácter semi-condicionado que proporcionan una prestación por hijo hasta la edad de 18 años, sin límite de edad en caso de hijos con discapacidad, hasta cinco hijos por familia, siempre y cuando los beneficiarios cumplan una serie

<sup>25</sup> AISS, *Social Security Programs Throughout the World*. <https://www.issa.int/es/country-profiles>, 20 de junio de 2017; OIT, *Base de datos mundial sobre protección social basada en la Encuesta de Seguridad Social*. <http://www.social-protection.org/gimi/gess/ShowTheme.action?id=4457>, 1 de junio de 2017 y EUROSTAT, *Datos sobre beneficiarios de pensiones*, <http://appsso.eurostat.ec.europa.eu/nui>, 1 de junio de 2017.

<sup>26</sup> A nivel mundial se encuentran bastante extendidos los programas de transferencias no contributivas y no condicionadas, pero el nivel de cobertura y las prestaciones suele ser limitado. Las tasas de cobertura varían significativamente entre regiones y subregiones: los países de ingresos altos, como Canadá, Australia y Nueva Zelanda, así como los países de Europa Septentrional y Occidental, tienen una tasa elevada de cobertura. OIT: *Informe Mundial sobre la Protección Social 2017-2019. La protección social universal para alcanzar los Objetivos de Desarrollo Sostenible*, cit., p. 17.

<sup>27</sup> En determinados casos sólo se proporcionan prestaciones no contributivas, sujetas a comprobación de los recursos. Estos regímenes tienden a cubrir a una pequeña parte de la población únicamente, y, según algunos estudios, cometen graves errores de exclusión, por lo que con frecuencia no cubren a las familias más necesitadas BASTAGLI F. ET AL., *Cash transfers: What does the evidence say? A rigorous review of programme impact and of the role of design and implementation features*, cit. y KIDD, S.; GELDER, B.; BAILEY-ATHIAS, D.. "Exclusion by design: An assessment of the effectiveness of the proxy means test poverty targeting mechanism", *Extension of Social Security (ESS)*, n.º. 56, 2017.

<sup>28</sup> En un estudio realizado en 2007 se comprobó que el Programa de Prestaciones Monetarias por Hijo de Mongolia había reducido la pobreza de forma sustancial en las zonas rurales y había rebajado la disparidad de la tasa de pobreza infantil, y se asumió que las prestaciones por hijo percibidas habían aumentado el gasto real de los hogares proporcionalmente. HODGES ET AL., *Child benefits and poverty reduction: Evidence from Mongolia's child money programme*, Nueva York, Unicef, 2007.

de requisitos en materia de salud, como la vacunación de los niños menores de 5 años de edad, y educación, básicamente escolarización. De esta forma, el resultado de la población global rural beneficiada resulta muy superior al de los modelos puros o estrictos. La combinación de estas prestaciones, además, conlleva una reducción de la indigencia como consecuencia del impacto que representan las transferencias familiares por hijo sobre la indigencia y la pobreza rural<sup>29</sup>.

Las normas de la OIT relativas a la seguridad social apuntan en esta dirección al proporcionar orientaciones a los países sobre la forma de dar efectividad a los diversos derechos que forman parte del derecho general a la protección social a la familia y, por tanto, redundando en beneficio de las familias rurales. Esta normativa se establece sobre la finalidad principal de que las prestaciones familiares deberían asegurar la estabilidad económica de las familias y el bienestar de todos sus miembros<sup>30</sup>.

La Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones de la OIT ha precisado que estas asignaciones familiares deben concederse por cada hijo de la familia y a todas las familias en el territorio del país, y por todo el tiempo que dure su educación o formación profesional a tiempo completo, en caso de no percibir un ingreso suficientemente elevado en virtud de la legislación nacional. Su monto debe fijarse en proporción directa a los gastos ocasionados por el mantenimiento del hijo y contribuir en forma apreciable a cubrirlos. Las prestaciones familiares, en su cuantía mínima, deben concederse con independencia de los ingresos del hogar. Las prestaciones por encima del nivel mínimo pueden estar supeditadas a una comprobación de los recursos. Todas las prestaciones deben ajustarse, para tener en cuenta la evolución del costo de mantenimiento de los hijos o, en general, del costo de vida<sup>31</sup>.

Por su parte la Recomendación sobre los pisos de protección social, núm. 202 de la OIT, perfecciona y amplía el marco normativo, y apunta a la protección universal. La seguridad del ingreso por hijo constituye una de las garantías elementales de seguridad social y equivale a un nivel mínimo de protección social, y debe asegurar «el acceso a la alimentación, la educación, los cuidados y cualesquiera otros bienes y servicios necesarios»<sup>32</sup>. Si bien las garantías deben definirse en el plano nacional, la Recomendación proporciona orientaciones claras sobre el nivel apropiado: la seguridad básica del ingreso debería permitir vivir con dignidad, y debería asegurar el acceso efectivo a los bienes y servicios necesarios, y podrá corresponder a los umbrales nacionales de pobreza o a otros umbrales comparables<sup>33</sup>.

La Recomendación prevé la universalidad de la protección, y establece que las garantías básicas de seguridad social deberían proporcionarse por lo menos a todos los residentes y niños, con arreglo a lo estipulado en la legislación nacional y a reserva de las obligaciones internacionales vigentes. Puesto que el planteamiento de la Recomendación se centra claramente en los resultados, abre la posibilidad de recurrir a una amplia gama de instrumentos normativos para conseguir la seguridad del ingreso para los niños, incluidas las asignaciones familiares y por hijo<sup>34</sup>.

<sup>29</sup> Según un estudio la combinación de prestaciones familiares contributivas y no contributivas saca de la pobreza a alrededor del 80 por ciento de los niños. ALIANZA MUNDIAL EN FAVOR DE LA PROTECCIÓN SOCIAL UNIVERSAL, *Universal protection for children and adolescents in Argentina*, Ginebra, OIT, 2016.

<sup>30</sup> En la parte VII, el Convenio sobre la seguridad social (norma mínima), 1952, núm. 102, establece normas mínimas para el suministro de las prestaciones familiares o por hijo, ya sea en forma de prestaciones periódicas en efectivo o de prestaciones en especie, alimentos, ropa, vivienda, vacaciones o ayuda doméstica, o una combinación de ambas, asignadas a la manutención de los hijos.

<sup>31</sup> OIT, *Informe mundial sobre el trabajo infantil: Vulnerabilidad económica, protección social y lucha contra el trabajo infantil, La seguridad social y la primacía del Derecho: Estudio general 2011 relativo a los instrumentos de la seguridad social a la luz de la Declaración de 2008 sobre la justicia social para una globalización equitativa*, Ginebra, OIT, 2011, párrs. 184-186.

<sup>32</sup> Apartado b) del párr. 5, Recomendación sobre los pisos de protección social, núm. 202 de la OIT.

<sup>33</sup> Apartado b) del párr. 8, Recomendación sobre los pisos de protección social, núm. 202 de la OIT.

<sup>34</sup> Párr. 6, Recomendación sobre los pisos de protección social, núm. 202 de la OIT.

### 3. LA PROTECCIÓN INDIFERENCIADA A LA FAMILIA EN EL MEDIO RURAL

Las prestaciones económicas de protección social a la familia y el acceso efectivo a los servicios suelen guardar relación directa y reforzarse entre sí, en especial por lo que respecta a la atención de la salud, los servicios de atención infantil o de educación. Estas prestaciones son vitales para resolver las desigualdades e impulsar la inclusión social en las áreas rurales, en particular si se tiene en cuenta que es mucho menos probable que los niños de familias de bajos ingresos de estas zonas tengan acceso a los servicios educativos y de salud<sup>35</sup>.

La complementariedad de las prestaciones monetarias y el acceso a servicios de atención infantil de calidad resulta un factor decisivo ya que por una parte facilitan la actividad económica de la mujer en empleos de calidad, contribuyendo así a reducir la pobreza infantil, y por otra propician el desarrollo infantil y reducen el trabajo infantil. Otros servicios también desempeñan un papel importante. Por ejemplo, la inscripción de los nacimientos es un servicio esencial por derecho propio, pero además porque suele ser un requisito para poder gozar de otros derechos y acceder a las prestaciones y servicios de protección social. En el caso de las adolescentes, el acceso a los servicios de salud reproductiva es un factor clave que determina sus oportunidades en la vida. Otros factores importantes para el bienestar de las familias rurales son las prestaciones de maternidad, la inversión de recursos públicos en servicios de atención infantil preescolar, la prestación de servicios de guardería, que provocan la disminución del absentismo, la reducción de la rotación del personal y de los accidentes del trabajo y aumento de la productividad de las trabajadoras, aumentando el rendimiento laboral en el contexto agrario<sup>36</sup>.

El hecho de tener que conciliar el trabajo de cuidados no remunerado con el imperativo de generar ingresos suele empujar a las mujeres a las formas más precarias y atípicas de empleo y al trabajo informal en el ámbito agrario. Ello perjudica tanto a la mujer en el trabajo como a los hijos que no reciben cuidados adecuados; A menudo, son otros familiares quienes tienen que encargarse de los más pequeños. En otros casos, las trabajadoras, obreras agrícolas, se encuentran con graves problemas para poder compatibilizar trabajo con el cuidado de los hijos. De esta forma, exponen la seguridad de sus ingresos y su productividad y a los niños a entornos deficientes para el acceso a recursos y servicios<sup>37</sup>.

Por lo general, la desigualdad o el exceso de responsabilidades respecto del cuidado de los hijos incide en las estrategias de subsistencia, los resultados en el empleo, el crecimiento económico, y la reducción duradera de la pobreza, y, en consecuencia, en el avance hacia la consecución de los objetivos relativos a la reducción de la pobreza y la desigualdad o la consecución de la igualdad de género. En cambio, invertir en servicios de cuidado infantil de calidad y en educación en la primera infancia mediante programas de alimentación, así como en prestaciones adecuadas, para las mujeres y para los hombres, relativas a la excedencia para el cuidado de los hijos, redundan en un aumento de la participación femenina en la fuerza de trabajo, genera empleo, mejora el desarrollo infantil y los logros educativos<sup>38</sup>.

También hay que tener en cuenta que pueden existir programas sin base jurídica pero que si contengan prestaciones de asistencia social o de refuerzo para garantizar la seguridad de ingresos para las familias rurales<sup>39</sup>. Se puede tratar de programas experimentales o de asistencia social general sin prestaciones familiares o por hijo de carácter específico. Existen programas de

<sup>35</sup> CESPAP, *Time for equality: The role of social protection in reducing inequalities in Asia and the Pacific*, Bangkok, Comisión Económica y Social para Asia y el Pacífico, 2015.

<sup>36</sup> OIT, *Las mujeres en el trabajo. Tendencias de 2016*, Ginebra, OIT, 2016, pp. 90-91.

<sup>37</sup> OIT, *Base de datos mundial sobre protección social basada en la Encuesta de Seguridad Social*. <http://www.social-protection.org/gimi/gess/ShowTheme.action?id=4457>, 1 de junio de 2017.

<sup>38</sup> OIT, *Las mujeres en el trabajo. Tendencias de 2016*, Ginebra, OIT, 2016.

<sup>39</sup> En más de una tercera parte de 186 países sobre los que se dispone de datos la legislación nacional no prevé ninguna prestación familiar-por hijo, sin embargo, es posible que dispongan de programas de asistencia social sin base jurídica, y otros programas de refuerzo de la seguridad del ingreso para los niños. OIT: *Informe Mundial sobre la Protección Social 2017-2019. La protección social universal para alcanzar los Objetivos de Desarrollo Sostenible*, cit., p. 18.

asistencia a niños necesitados, en efectivo o en especie, aún no reconocidos en la legislación nacional, tales como programas temporales que suelen limitarse a regiones o distritos determinados, proporcionados a través del gobierno, donantes, ONG u organizaciones de beneficencia. En cualquier caso de la implementación de programas y regímenes que puedan dar cobertura a las familias vulnerables de los entornos rurales depende la consecución de los objetivos de desarrollo sostenible sobre la pobreza y el hambre, aunque también los relativos a la salud y la educación.

Garantizar un nivel adecuado de protección social en el ámbito rural supone destinar recursos suficientes a la familia. Sin embargo, en la actualidad, el gasto medio de la protección social para las familias rurales es bastante escaso. Los niveles más elevados de pobreza infantil, y otros indicadores del bienestar, incluida la tasa de mortalidad infantil, y de subnutrición y malnutrición, indican claramente que el nivel de recursos asignados a la protección social de las familias en el sector rural es insuficiente. Tal es el caso, incluso si se toma en consideración que otras partidas del gasto público en educación, atención de salud o medidas de protección social, distintas de las prestaciones familiares y por hijo, también, contribuyen a mejorar la situación de las familias. Particularmente preocupante es el bajo nivel de gasto en protección social rural a las familias como consecuencia de la crisis, pues ello pone en peligro el potencial de desarrollo ulterior de las zonas rurales<sup>40</sup>.

#### IV. TENDENCIAS EN LA COBERTURA ANTE LOS RIESGOS DE LA FAMILIA RURAL

La tendencia mundial de extender la cobertura efectiva y la cobertura legal de la familia en el ámbito rural está pasando por el desarrollo del carácter universal o semi-universal de la cobertura de la protección social de la familia. Tomando como fundamento la premisa de que la seguridad social y la salud constituyen derechos humanos, y una necesidad social y económica, se plantea una estrategia bidimensional para extender la protección social que asegure progresivamente mayores niveles de cobertura y prestaciones de protección social a la familia en los entornos rurales<sup>41</sup>.

Estas estrategias pretenden instaurar unos sistemas coherentes y amplios de protección social a la familia rural y varían en función de las prioridades, recursos y circunstancias nacionales. El establecimiento y mantenimiento de los pisos de protección social a nivel nacional debe asegurar un nivel mínimo de seguridad básica de protección a la familia<sup>42</sup>. De esta forma la protección a la familia en el ámbito rural se está convirtiendo en un elemento que refuerza los enfoques específicos para la aplicación de políticas nacionales de protección social en el ámbito de la economía rural. Entre los enfoques específicos figuran los siguientes: establecimiento del salario mínimo; estrategias de apoyo a la transición de la economía informal a la economía formal en entornos rurales; desarrollo institucional en zonas rurales; microfinanzas; condiciones de trabajo; diálogo social; lucha contra el trabajo infantil; e intervenciones sobre el VIH/SIDA en el lugar de trabajo.

<sup>40</sup> El gasto en prestaciones familiares representa solo el 1,1 por ciento del PIB a nivel global, y las cuantías varían muchísimo entre países y regiones. Europa y Asia Central, así como Oceanía, gastan más del 2 por ciento del PIB en prestaciones por hijo, pero en buena parte del resto del mundo, los índices de gasto en esta esfera siguen bastante por debajo del 1 por ciento del PIB. Las estimaciones regionales correspondientes a África, los Estados Árabes y Asia Meridional y Sudoriental indican niveles de gasto inferiores al 0,7 por ciento del PIB, pese a que la proporción de niños en la población de esas regiones es mayor. Los niveles de gasto en el África Subsahariana parecen especialmente bajos si se tiene en cuenta que los niños de entre 0 y 14 años representan el 43 por ciento de la población. OIT: *Informe Mundial sobre la Protección Social 2017-2019. La protección social universal para alcanzar los Objetivos de Desarrollo Sostenible*, cit., p. 20.

<sup>41</sup> Si bien la universalidad es característica en los países de ingreso alto, varios países en desarrollo también han dado carácter universal o semi-universal a la cobertura de protección social de la familia. Año a año, gobiernos de todas las regiones anuncian transferencias monetarias destinadas a los niños. OIT: *Informe Mundial sobre la Protección Social 2017-2019. La protección social universal para alcanzar los Objetivos de Desarrollo Sostenible*, cit., pp. 22 a 24.

<sup>42</sup> La Conferencia Internacional del Trabajo en su 101.ª reunión, en junio de 2012, adoptó una nueva norma internacional sobre seguridad social, la Recomendación sobre los pisos de protección social, 2012, núm. 202, que proporciona orientaciones para aplicar la estrategia bidimensional a los Estados Miembros.

Existe una tendencia cada vez mayor a concebir y aplicar mecanismos institucionales apropiados que puedan proporcionar prestaciones sociales a todas las familias rurales, incluso en zonas remotas, y que se respeten los derechos y la dignidad de las personas que las integran. Estos arreglos administrativos tienden a organizarse cada vez más de una forma transparente y responsable a fin de asegurar que se respeten los derechos de las personas beneficiarias. En particular trata de garantizarse la participación tripartita. Por su parte, la participación de las comunidades rurales en la concepción de estos programas de protección social a la familia, puede ser un mecanismo para garantizar una forma de representación. Sin embargo, en la gran mayoría de los países, este grupo de población carece de representación adecuada, lo que puede plantear una dificultad a la hora de intentar establecer mecanismos de gestión en los que tenga voz.

Las experiencias y las evaluaciones señalan que las estrategias nacionales de extensión de la protección social de la familia rural tienden a orientarse a alcanzar progresivamente la cobertura universal, en consonancia con las prioridades, la viabilidad administrativa y la asequibilidad nacionales. Esto hace necesario adoptar disposiciones específicas para llegar a las familias de la economía rural. En este sentido, es fundamental reforzar tanto la demanda como la oferta de servicios sociales en las zonas rurales mediante el fortalecimiento de la infraestructura y la mano de obra de esas zonas con miras a suministrar dichos servicios y facilitar el acceso a ellos.

Por lo que se refiere a la financiación, se tiende cada vez más a identificar las fuentes de financiación de estas prestaciones de protección social, realizando evaluaciones a priori de los efectos de dichas prestaciones sobre la reducción de la pobreza y asegurando la coherencia global del sistema de protección social, incluidas la coordinación con las políticas de empleo, las políticas fiscales y otras esferas normativas. Por ello, a fin de adaptar los mecanismos de protección social a la realidad de la familia rural se manifiesta como prioritario evaluar las necesidades particulares de las familias rurales y en qué medida las abordan los regímenes existentes; asegurar la participación de las familias locales en la determinación de sus necesidades, la formulación y el proceso de aplicación de las políticas destinadas a abordar esas necesidades, así como la vigilancia de tales políticas y aprender de las experiencias positivas recientes, adoptando enfoques innovadores para aplicar los planes o sistemas de protección social universal orientados a las zonas rurales<sup>43</sup>.

Dentro de esta sinergia extensiva de la protección social de la familia rural se tiende a aprovechar las estructuras existentes para apoyar la ejecución de los planes de protección social y asegurar la participación en ellos de las partes interesadas, como los sindicatos, las organizaciones de empleadores y de trabajadores, las organizaciones de la sociedad civil, las cooperativas u otras organizaciones comunitarias con miembros afiliados. También se parte de identificar lagunas en la protección social y formular políticas para abordarlas. Particularmente en la articulación de estas medidas protectoras se tiene en cuenta la no discriminación, equidad de género y toma de conciencia de las necesidades específicas de las familias vulnerables<sup>44</sup>.

Una tendencia positiva es la ampliación de las transferencias monetarias en favor de la infancia. Se ha hecho un gran avance hacia la cobertura universal de la protección social de las familias agrarias. Con todo, en muchos países, los programas de protección social de la infancia se

<sup>43</sup> En particular atendiendo a los siguientes enfoques: facilitar información, fomentar la sensibilización y asegurar la participación de todas las partes interesadas en la formulación, gobernanza y vigilancia de las políticas (usando cauces de comunicación apropiados al contexto rural; por ej., radio, mensajes comunitarios transmitidos por medio de altavoces en vehículos, reuniones comunitarias, organizaciones de la sociedad civil y puntos focales); registrar a los beneficiarios con nuevas tecnologías/ sistemas de gestión de la información (aprendiendo de los programas rurales con buenos resultados y las estructuras descentralizadas de registro); velar por la transparencia y rendición de cuentas de la administración y la gestión financiera; y establecer unos sistemas eficaces y fiables de prestación de servicios para llegar a las zonas rurales usando múltiples medios, como los bancos agrícolas, las oficinas de correos, los comerciantes, los cajeros automáticos móviles, los teléfonos celulares u otros dispositivos. OIT *Extensión de la protección social a la economía rural*, Ginebra, OIT, 2015, p.7.

<sup>44</sup> Como las que carecen de tierras, las de los trabajadores ocasionales, las persona en relaciones de trabajo en las que son objeto de explotación, y los miembros de las familias en situaciones desventajosas, huérfanos, migrantes, personas mayores sin hijos, mujeres, personas que viven con el VIH/SIDA. OIT *Extensión de la protección social a la economía rural*, cit., p.6.

enfrentan con una cobertura limitada, niveles insuficientes de prestaciones, fragmentación y deficiencias institucionales. Una serie de países que aplican políticas de consolidación fiscal debida a la crisis económica, como ha sido el caso español, han recortado asignaciones y las han limitan a los más pobres, privando a colectivos vulnerables de su legítimo derecho a la protección social. Es preciso esforzarse para que el ajuste fiscal a corto plazo no socave el avance.

Muchas reformas de ajuste a corto plazo se centran en recortes del gasto de los regímenes y programas no contributivos, como es el caso de las transferencias monetarias destinadas a las familias y los hijos. A raíz de ello, en Europa ha aumentado la pobreza infantil en los entornos rurales. Si estas medidas no se reconsideran, es probable que también en los países desarrollados aumente la vulnerabilidad infantil. Las medidas de austeridad o de consolidación fiscal mal diseñadas no solo atentan contra el derecho de los niños a beneficiarse de la seguridad social, sino también contra el derecho a la alimentación, la salud, la educación y a otros bienes y servicios<sup>45</sup>.

La imposición de condiciones con respeto a la consolidación fiscal por parte de los organismos financieros internacionales ha supuesto un lastre en el desarrollo de los modelos de protección social familiar sobre la base de la adopción de medidas que refuerzan y limitan más la red de protección social. Como consecuencia de esta inestabilidad en el contexto económico solamente la adopción y vigencia de la normativa internacional ha permitido que se puedan mantener sistemas de protección social familiar en las áreas rurales, de manera particular la pervivencia del Convenio sobre seguridad social.

Es importante que los ajustes a corto plazo no socaven los beneficios a largo plazo; hay alternativas y es preciso plantearse opciones en materia de políticas que respalden el bienestar de las familias. Los mecanismos de protección social, incluso los que no están orientados expresamente a la familia, como una pensión de vejez o los ingresos de un programa de obras públicas, pueden aumentar la capacidad de las familias para cuidar de sus hijos y acceder a servicios imprescindibles<sup>46</sup>.

---

<sup>45</sup> CANTILLON, B.; CHZHEN, Y.; HANDA, S.; NOLAN, B., *Children of austerity: Impact of the Great Recession on child poverty in rich countries*, cit.

<sup>46</sup> ORTIZ, I. y CUMMINS, M., *A recovery for all: Rethinking socio-economic policies for children and poor households*, cit.

# CAPÍTULO XXIX. CARGAS FAMILIARES: SUS DISTINTAS ACEPTACIONES EN EL ÁMBITO DE LA PROTECCIÓN POR DESEMPLEO

CARMEN TATAY PUCHADES

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de Valencia

## I. LAS CARGAS FAMILIARES EN EL ÁMBITO DE LA SEGURIDAD SOCIAL: ALGUNAS DISCREPANCIAS

Basta con acercarse a la regulación de los beneficiarios de asistencia sanitaria<sup>1</sup>, las prestaciones por cuidado de menor afectado de cáncer u otras enfermedades graves, las pensiones o subsidios de viudedad<sup>2</sup>, orfandad o en favor de otros familiares<sup>3</sup>, los niveles contributivo y asistencial de la protección por desempleo, las pensiones no contributivas de invalidez, jubilación y por hijos a cargo<sup>4</sup>, o, en fin, los complementos a mínimos<sup>5</sup>, para poder afirmar que en el ordenamiento de la Seguridad Social, y a efectos de su acción protectora, se aprecian notables diferencias alrededor de algunos conceptos. Así, entre otros ejemplos: 1) no siempre coinciden la edad, discapacidad o nivel de ingresos de los hijos que devienen relevantes, ni se contemplan, en muchos casos, los supuestos de guarda con fines de adopción y de acogimiento; 2) sólo en ocasiones se anudan efectos a las figuras afines a la matrimonial; 3) la convivencia o la dependencia económica a veces son imprescindibles y otras veces resultan superfluas; 4) el alcance de las “*responsabilidades familiares*” dista sensiblemente de la delimitación de los cónyuges, hijos u otros familiares que se consideran “*a cargo*”; 5) el concepto de la “*unidad familiar*” difiere del que se formula sobre la “*unidad económica*” de los vinculados por matrimonio o por lazos de parentesco con convivencia; 6) se advierte

---

<sup>1</sup> Véanse las previsiones introducidas por el RD Ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud (BOE 30/07/18), por las que se desplazan las que establecía el RD 1192/2012, de 3 de agosto, que regulaba la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud (BOE 04/08/2012), como norma que desarrollaba las modificaciones que -el cuestionado- 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 (BOE 24/04/12), introdujo sobre la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud (BOE 30/05/03).

<sup>2</sup> De la numerosa bibliografía destinada en los últimos años a la pensión de viudedad, véanse, entre las más recientes: RODRÍGUEZ INIESTA, G.: “Capítulo 14. La pensión de viudedad”, en VV. AA: *Tratado de Derecho de la Seguridad Social*. Tomo II (Dir. MONEREO PÉREZ, J.L.), Murcia, Laborum, 2017, pp. 109-136; así como SEMPERE NAVARRO, AV: “Jurisprudencia reciente sobre viudedad”. *Estudios sobre seguridad social: libro homenaje al profesor José Ignacio García Ninet* (Coord. ALZAGA RUÍZ, I), Barcelona, Atelier, 2017, pp. 831-844

<sup>3</sup> Apuntando antiguas incoherencias al hilo de las prestaciones en favor de familiares, aún no superadas, entre otros y por orden cronológico: RODRÍGUEZ INIESTA, G.: “Las prestaciones en favor de familiares”. *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 49, 1991; CASTRO ARGÜELLES, Mª C.: *Prestaciones de Seguridad Social en favor de familiares*, Madrid, La Ley-Actualidad, 1998; y GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “Las prestaciones en favor de otros familiares”, en VV. AA: *Seguridad Social y Familia* (Coord. GONZÁLEZ ORTEGA, S.), Madrid, La Ley-Actualidad, 1999, pp. 178 y ss.

<sup>4</sup> Sobre qué se entiende por hijos a cargo a efectos de su protección mediante las prestaciones familiares no contributivas, entre otros: BARRIOS BAUDOR, GL.: *Prestaciones familiares por hijos a cargo*, Elcano (Navarra), Aranzadi, 2001; BLASCO LAHOZ, J.: *Las prestaciones familiares por hijo a cargo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001; y JURADO SEGOVIA, A.: “Prestaciones familiares de la seguridad social: evolución normativa y puntos críticos de la protección no contributiva”. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nº 24, 2011.

<sup>5</sup> Al hilo de estos complementos, VICENTE PALACIO, MªA.: “Los complementos de pensiones y la pensión mínima de la seguridad social”. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, nºs 29-30, 2012.

disparidad en el modo en que se computan las “rentas” de esas unidades o de algunos de sus miembros; y 7) son diferentes los umbrales a los que deben ceñirse tales rentas<sup>6</sup>.

Indudablemente, las apuntadas discrepancias sugieren la necesidad de reflexionar en torno a si, en el seno de la Seguridad Social, debe apostarse por unificar el alcance de los citados términos. O, al menos, si conviene homogeneizar criterios según se trate de prestaciones de modalidad contributiva o de modalidad no contributiva. Es más, probablemente antes de efectuar esa valoración, deba ponderarse si caben las formulaciones autónomas, o si, diversamente, éstas han de nutrirse de los criterios civiles sobre la institución familiar, o tienen que acercarse a las concreciones -no siempre coincidentes- que imperan en el ámbito fiscal y, más en particular, a efectos del IRPF.

Consideraciones de tan alta envergadura exceden lógicamente de las posibilidades de esta breve aportación. Con ella simplemente pretende ahondarse en las diferencias que se advierten al hilo de las cargas familiares -y, más en particular, a propósito de las constituidas por los hijos- en el específico ámbito de la protección por desempleo. Además, razones de espacio y tiempo, obligan a renunciar al análisis del cómputo de las rentas a esos concretos efectos<sup>7</sup>. Diversamente, interesa poner de relieve dos únicos aspectos. Por un lado, cómo anteriores reglas uniformes relativas a esas cargas, fueron desplazándose mediante múltiples y parciales reformas legislativas que lamentablemente truncaron la homogeneidad. Y, por otro lado, cómo las resoluciones judiciales, y sobre todo en las que han casado doctrina, denotan cierto vaivén, porque a veces se han inspirado en soluciones adoptadas ante prestaciones de Seguridad Social de naturaleza distinta, pero, en la mayoría de ocasiones, han rechazado esas interpretaciones analógicas.

Y, en fin, antes de proceder al análisis del régimen jurídico de las cargas familiares en el seno de la protección por desempleo, no quiere desaprovecharse la oportunidad para denunciar la «insuficiencia» y «regresividad» de la protección familiar por hijos a cargo<sup>8</sup>, cuya deficiencia no sólo se ha apreciado durante los -aparentemente superados- años de crisis económica, sino que se ha manifestado con su mayor crudeza cuando, a lo largo de esos mismos años, han ido agotándose las ayudas a los desempleados con hijos a cargo. Además, esta triste situación contribuye a reforzar la posición que aboga por diseñar una protección por hijos a cargo más digna y que, a diferencia de la ofrecida a través de los subsidios por desempleo por responsabilidades familiares, se desvincule de la pérdida de un empleo previo, para alcanzar a quienes no logran acceder al mercado de trabajo. O, cuanto menos, la apuntada coyuntura desfavorable permite afianzar la necesidad de reformular dichos subsidios para que: ni su duración dependa de cuál sea la edad de los beneficiarios o de si éstos han consumido o no una prestación por desempleo y, en su caso, de cuántos días; ni su cuantía siga desatendiendo al número de hijos a cargo, mientras guarda proporción con el empleo a tiempo completo o a tiempo parcial que se haya perdido<sup>9</sup>.

<sup>6</sup> Abundando en algunas de esas diferencias, BLASCO RASERO, C.: *La familia en el derecho de la seguridad social*, Pamplona, Aranzadi, 2003. Con anterioridad y, a la inversa, intentando extraer reglas comunes al hilo de las distintas prestaciones que, entre otros requisitos, exigen un vínculo familiar, CASTRO ARGÜELLES, M<sup>a</sup> C.: “La protección familiar en el Sistema español de Seguridad Social: un enfoque general”, en VV. AA: *Seguridad Social y Familia* (Coord. GONZÁLEZ ORTEGA, S), Madrid, La Ley-Actualidad, 1999, pp. 89-113.

<sup>7</sup> Analizando, en particular, el cómputo de rentas a efectos de los subsidios por desempleo, entre otros: LUJÁN ALCARÁZ, J.: “El requisito de insuficiencias de rentas en el subsidio por desempleo”. *Aranzadi Social*, n<sup>o</sup> 5, 2002, pp. 137-150; y, sobre todo, RODRÍGUEZ PASTOR, GE.: “Subsidio por desempleo y programas RAI, Prepara y de Activación para el Empleo: cómputo de rentas y responsabilidades familiares”, en VV. AA: *Puntos críticos en la protección por desempleo y el cese de la actividad autónoma*, ROQUETA BUJ, R. (Dir.), Cizur Menor (Navarra), Thomson Reuters-Aranzadi, 2015, pp. 122-134.

<sup>8</sup> Atribuyendo esos calificativos a la protección familiar por hijos a cargo, tras compararla con la dispensada en otros países europeos, GONZALO GONZÁLEZ, B.: “Familia y Seguridad Social”. *Tribuna Social*, n<sup>o</sup> 90, 1998, pp. 7-12.

<sup>9</sup> En este mismo sentido, TATAY PUCHADES, C. y FERNÁNDEZ PRATS, C.: “Los subsidios por desempleo. Las peculiaridades del previsto para mayores de 55 años”, en VV. AA: *Medidas de Protección y políticas de formación y contratación para los desempleados* (Dir. ROQUETA BUJ, R.), Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 198-199.



## II. LAS CARGAS FAMILIARES A EFECTOS DE LA PROTECCIÓN POR DESEMPLEO

Dentro del título III del RDLeg. 5/2018, 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS), el hecho de tener hijos a cargo puede desempeñar un triple papel<sup>10</sup>.

Efectivamente, la existencia de “*hijos a cargo*” es:

- 1) un factor que condiciona los topes máximos y mínimos de la cuantía de la prestación por desempleo que devienen aplicables;
- 2) una circunstancia que puede desencadenar la concurrencia de “*responsabilidades familiares*” a efectos de acceder a algunos subsidios por desempleo y determinar la duración de los mismos;
- 3) y una condición que permite no aplicar la suspensión del derecho a la prestación o subsidio por desempleo de quien ingresa en prisión.

Indudablemente las diversas reformas normativas que han precedido al régimen jurídico que hoy contiene el citado Título III de la LGSS, completado por el –parcialmente vigente- RD 625/1985<sup>11</sup>, no sólo han arrebatado al SMI su original doble significado: ser el tope mínimo de la cuantía de la prestación por desempleo y ser el umbral de subsistencia para apreciar la existían responsabilidades familiares; sino que también han contribuido a que el concepto de “*hijos a cargo*” no tenga el mismo alcance en los apuntados tres planos.

### 1. EL QUANTUM DE LA PRESTACIÓN POR DESEMPLEO POR TENER HIJOS A CARGO

Huelga decir que la cuantía de la prestación por desempleo –obtenida tras aplicar los pertinentes porcentajes (70 % del 1 al 180 día de prestación, y 50 % desde el 181 día en adelante) a la correspondiente base reguladora, calculada sobre el promedio de los 180 últimos días cotizados, conforme a las SsTS 16 y 30 enero 2018 (recuds. 1552/2017 y 1492/2016, respectivamente)<sup>12</sup>- no puede exceder de los topes máximos y mínimos que establece el art. 270.3 LGSS. Estos son, en cuanto a los topes máximos: el 175 % del Indicador Público de Rentas a Efectos Múltiples (IPREM) mensual vigente en el momento del nacimiento del derecho, incrementado en una sexta parte, cuando no se tienen hijos a cargo; el 200 % del mismo IPREM aumentado en su sexta parte si se tiene un hijo a cargo; y el 225 % de igual cuantía cuando se tienen dos o más hijos a cargo. Mientras que, como topes mínimos de la prestación operan: el 80 % del IPREM mensual incrementado en su sexta parte, de no existir hijos a cargo; y el 107 % de la misma cifra si se tienen hijos a cargo.

No obstante, los citados topes se ven reducidos cuando el beneficiario ha trabajado a tiempo parcial durante los 180 últimos días anteriores a la situación legal de desempleo, ya que –tras el RD Ley 20/2012<sup>13</sup>- “*las cuantías máximas y mínimas de la prestación... se determinaran teniendo en cuenta*” el

<sup>10</sup> Reparando en ese triple papel, pero también en su acepción a efectos de la Renta Activa de Inserción y del subsidio por desempleo para los trabajadores eventuales del extinto Régimen Especial Agrario que se desprendía del RD 5/1997, de 10 de enero, LUELMO MILLÁN, MA.: “Desempleo y Familia”. *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº 54, 2004, pp. 13-33.

<sup>11</sup> RD 625/1985, de 2 de abril, por el que se desarrolló la Ley 31/1984, de 2 de agosto, de Protección por Desempleo (BOE 7/05/85; correc. 5/06/85).

<sup>12</sup> A pesar de que la cuantía discutida resultaba insignificante (muy inferior a 3.000 € para acceder a suplicación, ex. art. 191.2 g LRJS), en las apuntadas SsTS se confirma la afección general de la controversia por concurrir el interés de «*todos los beneficiarios de las prestaciones por desempleo, en que las divergencias doctrinales sobre la interpretación de esa norma sean unificadas*» a fin de satisfacer «*los principios de seguridad jurídica y tutela judicial efectiva*». Y, más concretamente, al unificar doctrina, se apuesta por una interpretación literal, que prescinde de la cotización referida a 30 días para los trabajadores pertenecientes a grupos mensuales de cotización, confirmándose así la práctica del SEPE que, por esta vía, venía reduciendo la base reguladora diaria de la prestación por desempleo.

<sup>13</sup> RD Ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad (BOE 14/07/2012), cuyo acuerdo de convalidación se publicó por Resolución de 19 de julio de 2012,

IPREM “en función del promedio de las horas trabajadas durante el período de los últimos 180 días... ponderándose tal promedio en relación con los días en cada empleo a tiempo parcial o completo durante dicho período”, tal y como han corroborado las SsTS 27 diciembre 2016 (recud. 3132/2015) y 22 marzo 2018 (recud. 3068/2016). Si bien, “cuando el trabajador tenga dos contratos a tiempo parcial y pierda uno de ellos”, en tal caso –y también conforme a reforma operada por RD Ley 20/2012–, los topes máximos y mínimos de la prestación por desempleo se determinarán teniendo en cuenta el IPREM “en función de las horas trabajadas en ambos trabajos” (art. 270.4 LGSS), aunque después “del importe de la prestación” final resultante, se deducirá “la parte proporcional al tiempo trabajado” en el contrato a tiempo parcial que no se haya perdido (art. 282.1 LGSS). De forma que, una vez superado –a través del RD 950/2018<sup>14</sup>– el efecto perjudicial que, a efectos de determinar la duración de la protección por desempleo suponía el trabajo a tiempo parcial vertical<sup>15</sup>, todas las reducciones que, bajo la aparente regla neutral que aplica la proporcionalidad para no hacer de mejor condición a quien trabaja a tiempo parcial que a quien trabaja a tiempo completo, se proyectan sobre la cuantía de dicha prestación. Solución no carente de crítica. Y ello no sólo porque, al igual que en el pasado, desprecia el valor cuantitativo de lo aportado, utilizando el criterio «*tiempo de trabajo*» como única «*vara de medir los requisitos de contributividad*»<sup>16</sup>, sino porque, en los últimos tiempos, traslada a la cuantía de la prestación una precariedad laboral que, en no pocas ocasiones, esconde un tiempo parcial indeseado y ficticio.

Es más, la apuntada reducción de los topes máximos y mínimos de la prestación por desempleo también se aplicará, “en proporción a la reducción de la jornada de trabajo”, a quienes accedan a la prestación por “desempleo parcial”, generada al reducirse temporalmente la jornada diaria ordinaria del trabajador “entre un mínimo de un 10 y un máximo de un 70 por ciento, siempre que el salario sea objeto de análoga reducción”, bien “por resolución judicial adoptada en el seno de un procedimiento concursal” o bien por decisión del empresario amparada en el art. 47.2 ET<sup>17</sup> (arts. 262.3 y 270.5 LGSS).

En cambio, la reducción de dichos topes no alcanza, tras la DA 18ª Trece LO 3/2007<sup>18</sup>, a quienes disfruten de una “reducción de jornada” con disminución proporcional de salario conforme a los apartados 5, 6 y 8 del art. 37 ET<sup>19</sup>, ya que en estos supuestos “las cuantías máxima y mínima” de la

---

del Congreso de los Diputados (BOE 1/08/12). Apuntando las luces y sombras que esta norma introdujo sobre la prestación por desempleo de quien perdía un empleo a tiempo parcial, TATAY PUCHADES, C. “Modificaciones en la protección por desempleo con ocasión de la crisis económica”, en VVAA: *Crisis económica y medidas ante el desempleo* (Dir. ROQUETA BUJ, R.), Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 266-277; así como, con posterioridad y con acopio de resoluciones judiciales, ROQUETA BUJ, R. “Especialidades en la protección por desempleo por razón del contrato de trabajo”, en VV.AA: *Medidas de protección y políticas de formación y contratación para los desempleados* (Dir. ROQUETA BUJ, R.), Valencia, 2018, pp. 325-339.

<sup>14</sup> RD 950/2018, de 27 de julio, por el que se modifica el RD 625/1985, de 2 de abril, por el que se desarrolla la Ley 31/1984, de 2 de agosto (BOE 28/07/18), aprobado a la vista de la STJUE de 9 de noviembre de 2017, que resuelve cuestión prejudicial (asunto C-98/15), en relación a la duración de la prestación contributiva por desempleo originada por la pérdida de un trabajo a tiempo parcial en que la prestación de servicios se realizaba sólo durante algunos días a la semana.

<sup>15</sup> Por todos, apuntando la diferencia respecto de los contratos a tiempo parcial horizontales y abundando en la sentencia a la que se refiere la anterior nota, ROQUETA BUJ, R. “Especialidades en y 339. la protección por desempleo por razón del contrato...” *ob. cit.*, pp. 316-318 y 339.

<sup>16</sup> Así lo sostenía LÓPEZ GANDÍA, J: “Trabajo a tiempo parcial y protección social tras la reforma del mercado de trabajo”. *Relaciones Laborales*, n.ºs 15/16, 1998, p. 130.

<sup>17</sup> Texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por RD Leg. 2/2015, de 23 de octubre (BOE 24/10/15)

<sup>18</sup> Por DA 18ª Trece LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (BOE 23/03/207), se añadió un apartado 5 al entonces art. 211/1994 (hoy art. 270.6 LGSS). Con anterioridad, denunciando que la ausencia de esta previsión contravenía el art. 14 CE, GALA DURAN, C.: “De nuevo sobre el cálculo de la base reguladora de la prestación por desempleo en los casos de reducción de jornada por cuidado de familiares: ¿Es inconstitucional el art. 211.1 de la LGSS? Comentario al Auto del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña de 19 de octubre de 2005 (núms. 9258/03 y 6453/04)”. *Inslabor*, n.º 4, 2005.

<sup>19</sup> Se trata, más concretamente, de los supuestos en que se ejerce el derecho a reducir la jornada y el salario conforme al art. 37 ET por: “nacimiento de hijos prematuros o que, por cualquier causa, deban permanecer hospitalizados a continuación del parto” (apartado 5); cuidado de “menor de doce años” por razones de guarda legal, de “persona con discapacidad” u otro “familiar, hasta el segundo grado” que no desempeñen actividad retribuida, o del menor a cargo “afectado por cáncer” o “enfermedad grave, (...)”

prestación por desempleo se determinan teniendo en cuenta el IPREM “*en función de las horas trabajadas antes de la reducción de la jornada*” (art. 270.6 LGSS).

Ahora bien, no es en la LGSS, sino en su desarrollo reglamentario, donde se matiza qué debe entenderse por “*hijos a cargo*” a efectos de las cuantías máximas y mínimas de la prestación por desempleo. Y, en este sentido, conviene señalar que, complementando al art. 9.3 Ley 31/1984<sup>20</sup> (que fijó un único tope mínimo –salvo que se perdiera un empleo a tiempo parcial- y un tope máximo que podía elevarse reglamentariamente en función de los hijos a cargo)<sup>21</sup>, el art. 4.4 RD 625/1985 determinó –en su primera versión- que se tenían hijos a cargo “*cuando éstos sean menores de veintiséis años o mayores incapacitados, carezcan de rentas de cualquier naturaleza superiores al salario mínimo interprofesional y convivan con el beneficiario*”, sin necesitarse esta convivencia “*cuando exista la obligación de alimentos en virtud de convenio o resolución judicial*”. Pero el art. 9.3 Ley 31/1984 fue modificado por art. 32 Ley 22/1993<sup>22</sup> para introducir dos topes mínimos –además del previsto para quienes perdieran un empleo a tiempo parcial- atendiendo a si el beneficiario tenía o no hijos a su cargo<sup>23</sup>, en términos que asumió el posterior art. 211.3 LGSS/1994<sup>24</sup>. Y, años después, la referencia al SMI que este último precepto contenía fue sustituida por el IPREM (art. 3.2.a y DF. 1º. Uno RDL 3/2004<sup>25</sup>). De tal modo que, sólo tras esos cambios legislativos, el citado art. 4.4 RD 625/1985 resultó reformado por art. único.2 RD 200/2006<sup>26</sup>. Y, en esta segunda versión, que pasó a convertirse en el actual art. 4.3 RD 625/1985, como precepto reglamentario que ahora desarrolla al art. 270.3 LGSS:

1) igualmente se entienden como “*hijos a cargo*” a los menores de veintiséis años “*o mayores con una incapacidad*” que, no obstante, queda acotada “*en grado igual o superior al treinta y tres por ciento*”;

2) se sigue precisando que esos hijos deben carecer de rentas iguales o superiores al SMI, pero excluyéndose –sin aparente habilitación legal- “*la parte proporcional de las pagas extraordinarias*”<sup>27</sup> y presumiéndose “*la carencia de rentas*” cuando dichos hijos no realicen “*trabajo por cuenta propia o ajena con retribución igual o superior a la indicada cuantía*”, aunque autorizando a la entidad gestora para “*solicitar la acreditación de inexistencia de otras fuentes de ingresos*”;

y 3) se continúa exigiendo que esos hijos “*convivan con el beneficiario*” aunque la convivencia no sea necesaria “*cuando el beneficiario declare que tiene obligación de alimentos en virtud de convenio o resolución*

---

que implique un ingreso hospitalario” (apartado 6); tener “*la consideración de víctimas de violencia de género o de víctimas del terrorismo*” (apartado 8).

<sup>20</sup> Ley 31/1984, de 2 de agosto, de Protección por Desempleo, por la que se modificó el Título II de la Ley 51/1980, de 8 de octubre (BOE 4/08/84).

<sup>21</sup> Más concretamente, el tope mínimo se cifró en “*la cuantía que en el momento del nacimiento del derecho tenga el salario mínimo interprofesional incluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias*”. Mientras que el tope máximo se situó en el “*170 por ciento de dicha cuantía*”, aunque este importe podía elevarse reglamentariamente “*hasta el 220*” si el trabajador contaba con hijos a su cargo.

<sup>22</sup> Ley 22/1993, de 29 de diciembre, de medidas fiscales, de reforma del régimen jurídico de la función pública y de la protección por desempleo (BOE 31/12/93).

<sup>23</sup> El tope mínimo de la prestación por desempleo se situó en “*el 100 por 100 o el 75 por 100 del salario mínimo interprofesional, según que el trabajador tenga o no, respectivamente, hijos a su cargo*”, incluyendo igualmente en el SMI “*la parte proporcional de dos pagas extraordinarias*”.

<sup>24</sup> RDLeg. 1/1994, de 20 de junio, por el que se aprobó el anterior texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social (BOE 29/06/94).

<sup>25</sup> RD Ley 3/2004, de 25 de junio, para la racionalización de la regulación del salario mínimo interprofesional y para el incremento de su cuantía (BOE 26/06/04), cuyo acuerdo de convalidación se publicó por Resolución de 21 de julio de 2004, del Congreso de los Diputados (BOE 24/07/04).

<sup>26</sup> RD 200/2006, de 17 de febrero, por el que se modificó el RD 625/1985, de 2 de abril (BOE 3/03/06). Sobre esta reforma, LUJÁN ALCARÁZ, J: “La extraña e insuficiente reforma del Reglamento de Protección por Desempleo ordenada por RD 200/2006, de 17 febrero”, *Aranzadi Social*, nº 5, 2006, pp. 21-42.

<sup>27</sup> Como en la anterior redacción no se especificaba la exclusión de las gratificaciones extraordinarias, en suplicación se entendió que cabía aplicar el tope previsto por hijo a cargo cuando sus ingresos no alcanzaban SMI con dos pagas extraordinarias. Así en: STSJ Cataluña 15 julio 1999 (AS 1999\3151), STSJ Madrid 21 septiembre 2000 (rec. 3237/2000) y STSJ País Vasco 10 febrero 2004 (rec. 2961/2003).

judicial o que sostiene económicamente al hijo”, pero añadiéndose que, si lo requiere la entidad gestora, “el beneficiario deberá aportar la documentación acreditativa que corresponda”<sup>28</sup>.

En todo caso, pronto se cuestionó en sede judicial «si el tope o límite máximo de la prestación contributiva de desempleo» por tener hijos a cargo también resultaba aplicable al beneficiario de la prestación que «tiene nietos menores a su cargo, por haber fallecido los padres de esos menores o por otra causa que ponga de manifiesto la necesidad de... hacerse cargo del sustento y cuidado de los mismos». Y, en virtud de la STS 13 junio 1998 (recud. 4718/1997), se argumentó que si bien una interpretación literal del entonces art. 211.3 LGSS/1994 (hoy art. 270.3 LGSS) conduciría a «sostener que sólo a los padres con hijos a su cargo se les puede reconocer el beneficio», no obstante, si los padres de los menores han fallecido y el abuelo es quien se hace cargo de la guarda y cuidado de los nietos, entonces «la situación que así se produce es de sustancial igualdad a la que previene la letra del art. 211.3, y por ende se ha de entender comprendida también en el radio de acción de esta norma».

Asimismo, a efectos de los topes máximos de la prestación por desempleo, «los hijos privativos» de la cónyuge del beneficiario se han equiparado a los hijos a cargo, mediante alguna sentencia que, resolviendo recurso de suplicación, ha remitido a la doctrina del TS que —según se indica después— ha apostado por esa equiparación al hilo del subsidio por desempleo por “responsabilidades familiares”<sup>29</sup>. En cambio, no se han considerado como hijos a cargo, a los hijos privativos de la compañera, pues «una cosa es la aceptación e incluso asunción por la Sociedad de las uniones no formalmente constituidas y otra muy diferente aceptar que los hijos de la otra persona, respecto de los que no hay obligación alimentaria, puedan incrementar el “quantum” del desempleo nivel contributivo»<sup>30</sup>.

## 2. LAS RESPONSABILIDADES FAMILIARES PARA ACCEDER AL SUBSIDIO POR DESEMPLEO

Entre otros, son beneficiarios de subsidios por desempleo quienes, figurando inscritos como “demandante de empleo” y careciendo “de rentas de cualquier naturaleza superiores, en cómputo mensual, al 75 por ciento del salario mínimo interprofesional, excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias” (art. 275. 1 y 2 LGSS), se encuentren en alguna de estas dos situaciones:

- a) Que, habiendo “agotado la prestación por desempleo” y teniendo “responsabilidades familiares”, permanezcan como demandantes de empleo “durante el plazo de un mes, sin haber rechazado oferta de empleo adecuada ni haberse negado a participar, salvo causa justificada, en acciones de promoción, formación o reconversión profesional.” (art. 274.1.a LGSS).
- b) que, no teniendo “derecho a la prestación contributiva, por no haber cubierto el período mínimo de cotización”, al menos hayan “cotizado... tres meses y tengan responsabilidades familiares” (art. 274.3.a LGSS).

Además, intentando salvar la compleja coyuntura producida por el agotamiento de programas temporales previos<sup>31</sup> y por la inconstitucionalidad de la competencia del Servicio Público del

<sup>28</sup> Precisamente argumentándose que al solicitante le «incumbía probar en forma tanto el hecho de la ausencia de rentas como de la convivencia; y al no haberlo hecho... no puede mantenerse el incremento», en STSJ 29 noviembre 2004 (rec. 9602/2003) se consideró inaplicable el tope máximo previsto para la prestación por desempleo con un hijo a cargo.

<sup>29</sup> Así, en STSJ Cantabria 22 junio 1999 (rec. 263/1998), que reproduce los argumentos esgrimidos, al hilo del subsidio por desempleo, en STS 23 septiembre 1997 (recud. 277/1997).

<sup>30</sup> De ese modo en antigua STCT 24 mayo 1988 (RTCT 1988\4120).

<sup>31</sup> Más concretamente, el pasado 30 de abril de 2018 vencieron dos programas temporales: 1) el Programa para la recualificación profesional de personas que agotaran su protección por desempleo (PREPARA), cuya vigencia había ido prorrogándose hasta fijarse una prórroga automática semestral mientras la tasa de desempleo resultara superior al 18 % según la última EPA, aunque cuando ésta situó la tasa de desempleo en el 17,22 % (segundo trimestre de 2017), dicho programa se recuperó de forma extraordinaria con efectos “desde el 16 de agosto de 2017 y hasta el 30 de abril de 2018”; y 2) el Programa de Activación para el Empleo (PAE) que, habiéndose introducido más tardíamente, incluso para quienes agotaran el primero, igualmente fue prorrogándose hasta admitir a quienes los solicitaran “dentro del año siguiente contado a partir del 1 de mayo de 2017”.

Empleo Estatal (SEPE) para gestionar la ayuda económica que dichos programas comportaban<sup>32</sup>, en lugar de afrontar la laboriosa revisión de estos últimos para “*adecuarlos plenamente al marco competencial vigente (...) posibilitando la complementariedad entre los programas autonómicos y estatales*” (DA 2ª RD Ley 14/2017<sup>33</sup>), por DF 40ª. Cinco Ley 6/2018<sup>34</sup>, se ha introducido un “*subsidio extraordinario por desempleo*” a través de la DA 27ª LGSS. De forma que, para poder acceder a este subsidio extraordinario, precisamente se exige –junto a otros requisitos– “*acreditar responsabilidades familiares*” (DA 27ª. 2.c LGSS).

Y, en esta ocasión, no sólo –y parcialmente– desde el RD 625/1985, sino fundamentalmente desde el art. 275.3 de la propia LGSS se matiza qué debe entenderse por “*responsabilidades familiares*” a efectos del art. 274 LGSS y –por expresa remisión– a efectos de la DA 27ª LGSS. A saber: “*tener a cargo al cónyuge, hijos menores de veintiséis años o mayores incapacitados, o menores acogidos, cuando la renta del conjunto de la unidad familiar así constituida, incluido el solicitante, dividida por el número de miembros que la componen, no supere el 75 por ciento del salario mínimo interprofesional, excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias*”, aunque no se considerará a cargo “*el cónyuge, hijos o menores acogidos, con rentas de cualquier naturaleza superiores al 75 por ciento del salario mínimo interprofesional, excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias*” (art. 275.3 LGSS).

Es más, similar redacción se aprecia a la hora de poder acceder al porcentaje mejorado del 70 % a aplicar sobre la base reguladora para determinar la cuantía de la pensión de viudedad de los pensionistas que tengan “*cargas familiares*”. Ciertamente, a efectos de este incremento, el art. 31.2 D. 3158/1966<sup>35</sup>, tras la redacción dada por RD 1465/2001<sup>36</sup>, considera como tales cargas “*la convivencia del beneficiario con hijos menores de veintiséis años o mayores incapacitados, o menores acogidos, cuando los rendimientos del conjunto de la unidad familiar, así constituida, incluido el pensionista, dividida entre el número de miembros que la compongan, no supere, en cómputo anual, el 75 por 100 del salario mínimo interprofesional, excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias*”. Habiéndose declarado, lógicamente, que quienes reúnan los requisitos para el reconocimiento de ese porcentaje del 70 %, seguirán beneficiándose del mismo, mientras les sea más favorable, “*no pudiendo acumularse*” a la mejora de viudedad prevista para las personas que, entre otros requisitos, hayan “*cumplido una edad igual o superior a los 65 años*” (art. 7 RD 900/2008)<sup>37</sup>.

Ahora bien, interesa destacar que, inicialmente, cuando se introdujo el subsidio por desempleo para quienes agotaran la prestación y tuvieran responsabilidades familiares, el art. 13.4 Ley 31/1984 consideró como tales “*al cónyuge o un familiar por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado inclusive*” y no únicamente a los hijos. Previsión legal que se completó mediante el art. 18 RD 625/1985, aunque no sólo a efectos del citado subsidio, sino también –según se detalla más tarde– a efectos de las responsabilidades familiares que permitían no aplicar algunas de las causas de suspensión de la prestación por desempleo. En todo caso, a tenor de este último precepto: el “*cónyuge o... familiar*” se entendían a cargo del desempleado cuando “*convivan*” con él y “*la renta mensual del conjunto de la unidad familiar dividida por el número de miembros que la componen*” no superara el SMI (apartado 1); aunque la convivencia se presumía “*salvo prueba en contrario, cuando cónyuge o*

<sup>32</sup> Por STC 100/2017, de 20 de julio (BOE 11/08/17), se consideró que la gestión de la ayuda económica del PREPARA por parte del SEPE contravenía el orden constitucional de distribución de competencias en materia de empleo. Y, de igual modo, las SsTC 153/2017 y 156/2017, de 21 de diciembre (BOE 17/01/18), declararon la inconstitucionalidad de la atribución que se efectuaba a favor del SEPE para conceder la ayuda económica del PAE.

<sup>33</sup> RD Ley 14/2017, de 6 de octubre, por el que se aprueba la reactivación extraordinaria y por tiempo limitado del programa de recualificación profesional de las personas que agoten su protección por desempleo (BOE 7/10/17).

<sup>34</sup> Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018 (BOE 5/07/18).

<sup>35</sup> D 3158/1966, de 23 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento General que determina la cuantía de las prestaciones económicas del Régimen General de la Seguridad Social y condiciones para el derecho a las mismas (BOE 30/12/66).

<sup>36</sup> RD 1465/2001, de 27 de diciembre, de modificación parcial del régimen jurídico de las prestaciones de muerte y supervivencia.

<sup>37</sup> RD 900/2018, de 20 de julio (BOE 24/7/18), aprobado conforme a la DA 4ª Ley 6/2018, de PGE para el presente ejercicio, tras los sucesivos aplazamientos de la DA 3ª Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social (BOE (BOE 2/08/11; correc. 5/10/11).

familiares tuvieran reconocida la condición de beneficiarios de asistencia sanitaria de la Seguridad Social” y podía exceptuarse si existía “obligación de alimentos en virtud de convenio o resolución judicial” (apartado 3); impidiéndose que las “cargas familiares” que hubieran “sido tenidas en cuenta para reconocer el subsidio a uno de los miembros de la unidad familiar”, pudieran alegarse “para el reconocimiento del derecho a otro miembro de la misma” (apartado 4)<sup>38</sup>.

No obstante, inmediatamente después de que el art. 20 RD Ley 3/1989<sup>39</sup> extendiera el subsidio por desempleo –inicialmente previsto para quienes agotaran la prestación y contaran con responsabilidades familiares- a quienes, no pudiendo acceder a esta última, hubieran cotizado, al menos, tres meses y tuvieran responsabilidades familiares (art. 13.1. a y d Ley 31/1984), la DA 11ª Ley 31/1990<sup>40</sup> alteró la redacción del art. 13.4 Ley 31/1984. De tal modo que, reproduciendo parcialmente la letra del art. 18.3 RD 625/1985, añadió que si “las cargas familiares” eran tenidas en cuenta para reconocer “el subsidio en los supuestos previstos” en el art. 14.1.a) y d) Ley 31/1984 a algún miembro “de la unidad familiar”, en tal caso, ya “no podrá ser alegada dicha circunstancia para el reconocimiento del derecho a otro miembro de la misma”. Redacción que, sin embargo, volvió a ser drásticamente modificada por art. 35 Ley 22/1993, en términos que primero asumió el art. 215.2 LGSS/1994<sup>41</sup> y después el actual art. 275.3 LGSS.

En definitiva, los cambios normativos que han precedido al art. 275.3 LGSS no han pasado desapercibidos cuando se ha unificado doctrina sobre algunas de las numerosas controversias que se han suscitado al hilo de las “responsabilidades familiares” que se enuncian a efectos de los subsidios por desempleo.

#### A) La interpretación de los dos párrafos del art. 275.3 LGSS o de normas previas

Como bien es sabido para acceder a los distintos subsidios por desempleo resulta imprescindible que, entre otros requisitos, el solicitante no supere, por sí mismo, el umbral de rentas establecido (el 75 % del SMI, sin incluir gratificaciones extraordinarias, ex. art. 215.1.1 LGSS/1994 o posterior art. 275.2 LGSS). De modo que, según se afirmó en STS 16 abril 2010 (recud. 2704/2009) –que remitió a sentencias anteriores que ya habían unificado doctrina en esta materia<sup>42</sup>–: «sólo cuando este requisito "sine qua non" ha sido superado, es cuando pueden acreditarse cargas familiares». O, en igual sentido –aunque aludiendo específicamente al entonces subsidio para mayores de 52 años–, en STS 2 diciembre 2014 (recud. 2738/2013) –que también remitió a otras<sup>43</sup>–, se señaló que «cuando el art. 215.1.1 de la LGSS establece el límite de rentas del 75 % del salario mínimo interprofesional se está refiriendo exclusivamente a los ingresos del solicitante del subsidio, no a los de la esposa u otros miembros de la unidad familiar. El número de miembros de ésta y el nivel de ingresos de la familia, tiene incidencia para el requisito de “responsabilidades familiares” del artículo 215.2 de la LGSS». Y si bien esta doctrina jurisprudencial –que se ha reiterado al hilo de los “mayores de cincuenta y cinco años” (ex. art.

<sup>38</sup> Sobre el régimen jurídico previsto por entonces para este subsidio, LÓPEZ GANDÍA, J.: “El subsidio de desempleo y las responsabilidades familiares”. *Actualidad Laboral*, nº 2, 1986.

<sup>39</sup> RD Ley 3/1989, de 31 de marzo, de Medidas Adicionales de Carácter Social (BOE 1/04/89).

<sup>40</sup> Ley 31/1990, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para 1991 (BOE 28/12/90).

<sup>41</sup> A propósito de los subsidios por desempleo, incluidos los previstos por responsabilidades familiares, que se desprendían de la LGSS/1994, entre otros y por orden cronológico: SOUTO PRIETO, J.: “Protección por desempleo en el nivel asistencial. Beneficiarios. Responsabilidades familiares”. *Cuadernos de derecho judicial*, nº 10, 1996, pp. 11-44; COLLADO GARCÍA, L. y PIQUERAS PIQUERAS, MC.: *El subsidio por desempleo: un estudio del nivel asistencial de protección*, Madrid, Trotta, 1997; RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, JI.: “Responsabilidades familiares, ocupación adecuada y extinción del desempleo”. *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, nº 1, 2003, pp. 1690-1692; TOSCANI GIMÉNEZ, D.: *El nivel asistencial de protección por desempleo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2004; y ALZAGA RUÍZ, I.: “La prestación asistencial por desempleo. Un estudio de los requisitos de acceso”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, nº 89, 2010, pp. 77-96.

<sup>42</sup> En particular, se trajeron a colación las SsTS 6 noviembre 1992 (recud. 946/1992), 23 marzo 1994 (recud. 1770/1993), 6 mayo 1994 (recud. 3091/1993) y 24 mayo 1994 (recud. 3646/1993).

<sup>43</sup> En esta ocasión se efectuó una remisión a la STS 2 diciembre 2011 (recud. 909/2011) y las que en ella se citaban.

17.7 RD Ley 20/2012)<sup>44</sup>- podía entenderse decaída después de que la DF 1ª. Uno RD Ley 5/2013<sup>45</sup> introdujera como requisito adicional la carencia de rentas de la unidad familiar para poder acceder a ese concreto subsidio<sup>46</sup>, no obstante, dicha doctrina ha recuperado plena virtualidad tras la STC 61/2018<sup>47</sup>. Aunque para incorporarse al Programa de Renta Activa de Inserción (RAI) sigue exigiéndose –entre otros requisitos- esa doble condición (art. 2.1.d RD 1369/2006)<sup>48</sup>: 1) carecer por uno mismo de rentas superiores al 75 % del SMI, con exclusión de las pagas extraordinarias<sup>49</sup>; y 2) en el caso de tener “*cónyuge y/o hijos menores de 26 años, o mayores incapacitados o menores acogidos*”, que “*la suma de las rentas de todos los integrantes de la unidad familiar así constituida, incluido el solicitante, dividida por el número de miembros que la componen, no supere*” el apuntado umbral.

Ahora bien, en SsTS 30 mayo 2000 (recud. 2717/1999) y 27 julio 2000 (recud. 1894/1999), seguidas de otras, la cuestión a resolver se concretó en cómo debía «interpretarse el art. 215.2 de la LGSS..., en los dos párrafos que lo integran» (hoy, art. 275.3 LGSS). Y, trayendo a colación los preceptos que le precedieron y el modo en que los mismos fueron interpretados, en SsTS 28 septiembre 1992 (recud. 1290/1991) y 6 mayo 1994 (recud. 3091/1993) se afirmó que «en la evolución de tales preceptos siempre quedó muy claro que con la introducción del subsidio a favor de quien acreditara cargas familiares lo que se pretendía no era tanto la protección del desempleado, sino la del desempleado ubicado en una familia en situación de precariedad económica», por lo que, no siendo distinta la finalidad del primer párrafo del art. 215.2 LGSS/1994, debían sumarse «*todos los ingresos de todos los integrantes de la familia para, dividiéndolo por el número de sus miembros, deducir si el cociente era o no superior al umbral de ingresos legalmente establecidos*».

Mientras que, con relación al segundo párrafo del art. 215.2 LGSS/1994, en las citadas SsTS 30 mayo y 27 julio 2000, se entendió que con él se estaría introduciendo un «requisito previo o de admisión, según el cual sólo cuando todos los restantes miembros de la familia superan individualmente aquellos ingresos, habría que entender que el demandante del subsidio no tenía a nadie a su cargo», pero «cuando hubiera alguno con rentas inferiores, habría de entrar en juego el apartado primero, y, por lo tanto, la situación familiar con todos sus componentes y todas sus cargas», de tal forma que la «inexistencia de ningún familiar a cargo jugaría en tal caso como requisito previo o de pórtilo», equivalente al «que recoge el art. 215.1.1) LGSS cuando sólo contempla como posible beneficiario de la prestación a quién carezca de rentas superiores a aquella misma cantidad mínima, y que esta Sala ha aplicado reiteradamente como requisito "sine qua non" del derecho al subsidio». En

<sup>44</sup> Destacándose cómo las rentas del solicitante del subsidio por desempleo para mayores de 55 años, no debían de exceder por sí mismas del 75 % del SMI sin pagas extraordinarias, STS 21 febrero 2017 (recud. 1798/2015), así como la previa STS 21 julio 2016 (recud. 2234/2015), en la que –probablemente por descuido- se alude al subsidio de mayores de 52 años.

<sup>45</sup> RD Ley 5/2013, de 15 de marzo, de medidas para favorecer la continuidad de la vida laboral de los trabajadores de mayor edad y promover el envejecimiento activo (BOE 16/03/13), ordenándose la publicación de su Acuerdo de convalidación por Resolución de 11 de abril de 2013, del Congreso de los Diputados (BOE 17/04/13).

<sup>46</sup> Más concretamente, la DF 1ª. Uno RD Ley 5/2013 añadió un segundo párrafo al art. 215.1.3 LGSS/1994 (convertido después en art. 275.2 LGSS), en virtud de cual para poder acceder al subsidio de desempleo para mayores de 55 años, no sólo se requería que el solicitante careciera por sí mismo de ingresos superiores al 75 % del SMI mensual, sino que adicionalmente se le exigía que, en el caso de tener cónyuge y/o hijos menores de 26 años, o mayores incapacitados o menores acogidos, la suma de las rentas de todos los integrantes de la unidad familiar así constituida, incluido el solicitante, dividida por el número de miembros que la compusieran, no excediera del 75 % del SMI, excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias. Se trató de un requisito adicional que no afectó a los titulares del derecho al subsidio, cuyo nacimiento se hubiera iniciado antes de la entrada en vigor de esta reforma, según determinó la DT única del mismo RD Ley 5/2013.

<sup>47</sup> Por STC 61/2018, de 7 de junio (BOE 7/07/18), se ha declarado la inconstitucional y nulidad -por no apreciarse la necesidad de recurrir a un instrumento normativo de urgencia- de, entre otras previsiones, la DF 1ª. Uno y la DT única del RD Ley 5/2013, a las que se he hecho referencia en la anterior nota, aunque sin afectar a las situaciones ya consolidadas por haberse decidido mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada o en virtud de actuaciones administrativas firmes.

<sup>48</sup> RD 1369/2006, de 24 de noviembre, por el que se regula el programa de renta activa de inserción para desempleados con especiales necesidades económicas y dificultad para encontrar empleo (BOE 5/12/06).

<sup>49</sup> A efectos de la RAI, la STSJ Asturias 19 septiembre 2017 (rec. 2012/2017) trae a colación el tenor del art. 215.1 LGSS/1994 y la jurisprudencia que lo ha interpretado, para sostener el primer requisito de carencia de rentas del solicitante, argumentando que «*análogo criterio cabe predicar de la RAI visto el tenor literal del Art.2.1.d) del Real Decreto 1369/2006*».

definitiva, conforme a las sentencias apuntadas el párrafo segundo del art. 215.2 LGSS/1994 (ahora, art. 275.3 LGSS) debía ser interpretado *«como excluyente tan solo cuando se contempla al demandante del subsidio en su individualidad, y para poder apreciar si realmente tiene o no familiares a cargo, pero si se llega a la conclusión de que los tiene, habrá que»* aplicar el párrafo primero del mismo precepto *«y dar solución al problema planteado desde la perspectiva familiar, tomando entonces en consideración todos los ingresos y todas las personas integrantes de la misma para poder llegar a determinar si la familia en su conjunto se halla en la situación de necesidad protegida contemplada por el precepto»*.

## B) Lo relevante no es la convivencia física sino la dependencia económica

Según ya se ha avanzado, a efectos del subsidio por desempleo previsto para quienes agotaran prestación por desempleo y contaran con “responsabilidades familiares”, el art. 13.3 Ley 31/1984 consideró como tales *“tener a cargo, al menos, al cónyuge o un familiar por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado inclusive”*. De modo que, en su desarrollo, igualmente se indicó que las “responsabilidades familiares” concurrían al *“tener a cargo al menos al cónyuge o a un familiar por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado inclusive”*, pero exigiendo que los mismos *“convivan con el trabajador”* (art. 18.1 RD 625/1985). Si bien, matizándose que, tratándose de *“cónyuge e hijos, se presumirá la convivencia, salvo prueba en contrario...”*, y que dicha convivencia no sería necesaria *“cuando exista obligación de alimentos en virtud de convenio o resolución judicial”* (art. 18.3 RD 625/1985).

No obstante, según interpretaron las SsTS 11 abril 2000 (recud. 2770/1999), 3 mayo 2000 (recud. 331/1999) y 21 enero 2003 (recud. 152/2003), la convivencia dejó de ser un requisito desde la entrada en vigor de la posterior LGSS/1994, que vino a desplazar, en lo que se le opusiera al art. 18 RD 625/1985. Y como el art. 215.2 LGSS/1994 (hoy art. 275.3 LGSS) no exigía la convivencia al determinar qué debía entenderse por “responsabilidades familiares”, entonces no sólo cabía concluir que lo importante era *«estar a cargo»* a pesar de no convivir<sup>50</sup>, sino que debía considerarse que los hijos de un emigrante que vivían en el país de origen, sí se hallaban a su cargo a efectos del subsidio por desempleo por responsabilidades familiares<sup>51</sup>. Máxime a la luz de la STC 130/1995, 11 de septiembre, que apeló al art. 41.1 del Reglamento 2.211/1978 del Consejo de la CEE por el que se aprobó el Acuerdo de Cooperación entre la Comunidad y el Reino de Marruecos (Rabat, 27/04/1976), que disponía que los trabajadores de nacionalidad marroquí y los miembros de su familia residentes en el territorio de un Estado miembro de la CEE *“se beneficiarán, en el sector de la seguridad social, de un régimen caracterizado por la ausencia de cualquier discriminación basada en la nacionalidad con respecto a los propios nacionales de los Estados miembros donde estén empleados”*, de forma que al cumplidor de todos los requisitos exigidos por la legislación nacional para disfrutar de las prestaciones de desempleo *«no puede denegársele la concesión de dichas prestaciones por razón de su nacionalidad»*<sup>52</sup>. Aunque, más recientemente, se haya aceptado la exigencia de la residencia para poder acceder a prestaciones no contributivas en el seno de la UE<sup>53</sup>.

<sup>50</sup> Siguiendo la doctrina del TS, las SsTSJ Andalucía (Sevilla) 24 marzo 2014 (rec. 1521/2013) y 23 junio 2015 (rec. 2530/2014), enfatizan que ya no se requiere *«la convivencia de los parientes con el cabeza de familia, sino que se limita a exigir que los primeros estén “a cargo” del segundo»*, interpretando la expresión *«“tener a cargo”... en sentido gramatical como “expresión que indica la relación de una persona o cosa con la persona que tiene la obligación de cuidarla o atenderla”*. Y de igual modo se entiende en STSJ Castilla y León (Valladolid), 16 mayo 2012 (rec. 804/2012), ante solicitante del subsidio divorciado con sentencia que le obligaba al pago de alimentos, aunque no constara que dicho pago fuera efectivo.

<sup>51</sup> Ya con anterioridad se concluía de ese modo en STSJ Madrid 8 enero 1996 (rec. 6841/1995), así como en SsTSJ Cataluña 4 febrero 2000 (rec. 7029/1999) y 13 abril 2000 (rec. 7036/1999).

<sup>52</sup> STC 130/ 1995, 11 de septiembre, que resolvió recurso de amparo núm. 2.823/1992 (BOE 14/10/1995), a favor del recurrente, trabajador del mar marroquí, al que se le había denegado la prestación por desempleo en vía administrativa y judicial, atendiendo al art. 11.2 del Convenio 97/1949 de la OIT que excluye a la gente del mar cuando fijar los términos en que los trabajadores emigrantes han de ser equiparados a los nacionales en materia de Seguridad Social, y acogándose al art. 2 del Convenio sobre Seguridad Social suscrito entre España y el Reino de Marruecos de 8 de noviembre de 1979 (BOE 13/10/1982), que no incluyó la prestación por desempleo para los marroquíes en España.

<sup>53</sup> Sobre este particular, LÓPEZ GANDÍA, J.: “El requisito de residencia para el acceso a prestaciones no contributivas de seguridad social (Comentario a la STJUE de 14 de junio de 2016 (C-308-14))”. *Derecho de las relaciones laborales*, nº 4, 2017, pp. 351-360.



Ahora bien, el apuntado criterio sobre «*la inexistencia de la convivencia o de vivir bajo el mismo techo*» no permitía resolver «*el problema de si quien no convive ha de computarse como integrante de la unidad familiar no solo en negativo sino también en positivo, o sea, a los efectos de poder contar con sus rentas para el cálculo de los ingresos cuya suma darán o no derecho al subsidio asistencial*», según advirtió la STS 11 octubre 2005 (recud. 3460/2004) al hilo de una solicitante del subsidio de desempleo por responsabilidades familiares que se hallaba separada de hecho de su cónyuge. Y, para dar una respuesta a esta cuestión, se asumió la doctrina jurisprudencial que, a propósito de la pensión en favor de familiares, ya había sostenido que si dicha pensión se reconocía «*únicamente, a "solteras y viudas", sin contemplar el estado de separación*» («*solteros, divorciados y viudos*», tras la STC 14 enero 1990<sup>54</sup>), ello no obedecía a «*una omisión legal producida por olvido*» que pudiera integrarse analógicamente «*so pena de extender la jurisdicción a sectores competenciales ajenos, correspondientes al poder legislativo*» (STS 6 mayo 1994; recud. 2047/1993, así como las demás que en ella se citan). De donde, se concluyó afirmando que «*el marido separado de hecho debe estimarse que forma parte de la "unidad familiar" a efectos ... (de) lo previsto en el art. 215.2 LGSS*», pues «*en términos jurídicos una familia sigue subsistiendo con todos sus derechos y obligaciones mientras no se produzca la separación legal o la disolución matrimonio*».

Por otro lado, e incidiendo en la relevancia de estar a cargo del solicitante del subsidio por desempleo, en STS 31 enero 1995 (recud. 2601/1994) se entendió que el hijo que se encontraba prestando el servicio militar, no podía computarse como responsabilidad familiar por hallarse «*a cargo del Estado*»<sup>55</sup>. O asimismo en suplicación se interpretó que tampoco podían considerarse como carga aquellos hijos que, conviviendo con un progenitor divorciado, percibían pensión de alimentos cuyo importe resultara superior al umbral exigido<sup>56</sup>.

### C) ¿Cargas familiares para más de un miembro de la unidad familiar?

Tal y como ya se ha indicado, el art. 18.4 RD 625/198 literalmente señala que «*cuando las cargas familiares hayan sido tenidas en cuenta para reconocer el subsidio a uno de los miembros de la unidad familiar, no podrá ser alegada dicha circunstancia para el reconocimiento del derecho a otro miembro de la misma*». Y aunque esta previsión se consideró carente de contenido constitucional por no apreciarse discriminación alguna al «*establecer que unas mismas cargas familiares no sirvan simultáneamente para obtener la prórroga del subsidio por razón de unas circunstancias que ya están cumpliendo la finalidad a que se pretende atender*», toda vez que la norma «*responde a la organización del sistema y a las exigencias económicas que lo condicionan*» (ATC 341/1988<sup>57</sup>), no obstante, el tenor de dicho precepto fue matizado por SsTS 6 febrero 1992 (recud. 1163/1991), 30 marzo 1992 (recud. 1379/1991), 16 julio 1993 (recud. 2332/1992) y 20 diciembre 1993 (recud. 923/1992). En efecto, en ellas se precisó que la limitación que se desprende del citado precepto «*puede y debe ser entendida... en el sentido de que está aludiendo a las cargas familiares estrictamente necesarias o indispensables para el reconocimiento del derecho a uno de los miembros de la unidad familiar, pudiendo alegarse aquellas otras que no hayan sido estrictamente necesarias para dicho reconocimiento, en favor de otro miembro de la misma*»<sup>58</sup>. Doctrina jurisprudencial que no ha de caer por el hecho de que la limitación que establecía el art. 18.4 RD 625/1985 primero se incorporara al tenor del art. 13.4 Ley 31/1984 (conforme a reforma dada por DA 11ª Ley 31/1990) y después —y probablemente a la luz de las citadas sentencias— desapareciera de este último (según modificación operada por art. 35 Ley 22/1993), sin recogerse, por tanto, en los posteriores arts. 215.2 LGSS/1994 y 275.3 LGSS.

<sup>54</sup> Dicha Sentencia estimó infracción del art. 14 por razón de sexo. Sobre la misma, GARCÍA NINET, I.: «*Algunas cuestiones del modelo de Seguridad Social (Breve comentario al hilo de la Sentencia 3/1993, del Pleno del Tribunal Constitucional, de 14 de enero, B.O.E. 12 de febrero de 1993, relativa a las prestaciones en favor de familiares)*». *Tribuna Social*, n.º 27, 1993, pp. 39-49.

<sup>55</sup> En el mismo sentido: STSJ Aragón 11 febrero 1998 (rec. 1206/1997), aunque el hijo realizara el servicio militar en la misma localidad y con pase de pernocta.

<sup>56</sup> Así, entre otras, en STSJ Castilla y León (Valladolid) 10 junio 1997 (rec. 290/1997).

<sup>57</sup> Por ATC 341/1988, de 16 de marzo, se inadmite recurso de amparo núm. 1.453/1987.

<sup>58</sup> Reproduciendo esa solución jurisprudencial, STSJ Cataluña 14 marzo 1995 (AS\1995\1121) y STSJ Madrid 18 octubre 1995 (rec. 5152/1995).

#### D) Hijos privativos del cónyuge o de la pareja de hecho

En STS 23 septiembre 1997 (recud. 277/1997) se cuestionó *«si es dable considerar como personas a cargo del solicitante del subsidio a los hijos privativos de su cónyuge o si, por el contrario, el precepto exige... que los hijos sean comunes o, al menos, privativos del solicitante»*. Y, apostando por una *«interpretación sistemática y finalista, acorde con la realidad social, ... no... reñida... con los términos literales»*, se concluyó afirmando que *«no existe base para entender que de la "unidad familiar" prevista en el art. 215,2 LGSS/94 deban excluirse los hijos privativos de uno de los cónyuges tanto más, si... integran la unidad de convivencia con el solicitante del subsidio y los gastos necesarios para su subsistencia son asumidos, directa o indirectamente, con cargo a los ingresos destinados a tal unidad de convivencia»*<sup>59</sup>. Es más, a los anteriores efectos, se realizaron tres consideraciones: 1) que *«no cabe duda que la "unidad familiar" la integran también los hijos privativos de uno de los cónyuges si..., el hijo convive con la solicitante y su cónyuge... (al) no estar excluidos por la norma interpretada»*; 2) que *«no cabe entender que el hijo privativo de su cónyuge no esté "a cargo" de la solicitante, pues aunque se prescindiera de los presumibles aspectos de participación y ayuda en su formación y cuidado, los gastos que origina tal hijo repercuten, directa o indirectamente, en la economía de la unidad familiar, ya que... el progenitor con el que conviven... está obligado a alimentarlo... (ex arts. 142, 143.2, 146 y 147 Código Civil)»; y 3) que «esta conclusión es concorde tanto con el concepto constitucional de "familia" y con el principio de protección integral de los hijos (art. 39 Constitución), como con la configuración del ámbito familiar configurado en la nuestra legislación ordinaria..., así como con el espíritu de nuestra normativa de Seguridad Social que, entre otras, en materia de prestaciones por muerte y supervivencia, concede derecho a la pensión de orfandad, bajo determinadas condiciones, especialmente de convivencia y dependencia, a los hijos que el cónyuge superviviente hubiere llevado al matrimonio (art. 16.3 Orden Ministerial 13-II-1967)»*.

Por el contrario, si el hijo privativo del cónyuge del solicitante del subsidio por desempleo no convive con el matrimonio, entonces, según STS 25 junio 2003 (recud. 3192/2002), *«no puede considerarse a cargo del solicitante»* ya que *«ningún canon interpretativo autoriza a extender el concepto de hijo "a cargo"»* cuando el *«hijo privativo de su marido... no convive con ella... pues no existe norma legal en la que sustentarlo»*, entendiéndose además que aunque el art. 18.3 RD 625/1985 exonere de la convivencia *«cuando exista obligación de alimentos en virtud de convenio o resolución judicial»*, no obstante, dicha matización debe entenderse referida *«exclusivamente a los propios hijos de los solicitantes que se encuentran en la situación que describe el precepto, no a los privativos del cónyuge»*.

Asimismo, tampoco se han incluido en el concepto de responsabilidad familiar: ni a la *«pareja de hecho»* del solicitante, porque *«prescindiendo del juicio que merezcan las normas reguladoras de este subsidio y las causas a que obedezcan, al no ser igual el estado de las personas casadas que el de quienes permanecen solteras, puede el legislador, como lo hizo, sin vulnerar la Constitución, establecer la diferencia que impugna el recurrente en su recurso que carece por ello de contenido constitucional»* (ATC 1021/1988<sup>60</sup>), según se ha reiterado suplicación<sup>61</sup>; ni al hijo privativo de la pareja de hecho, pues *«el actor no está casado, ni es pareja de hecho inscrita en el Registro pertinente... no tiene a su cargo ni cónyuge, ni se puede considerar como carga el hijo privativo de ésta»*<sup>62</sup>.

#### E) Hijos comunes de parejas de hecho

Todavía no se ha unificado la controversia en torno a si los hijos deben o no deben considerarse como carga familiar para el solicitante del subsidio por desempleo cuando dichos

<sup>59</sup> Reiterando esta solución, entre otras sentencias de suplicación, STSJ Madrid 22 diciembre 1998 (rec. 6251/1998) y STJ Islas Canarias (Las Palmas) 23 abril 1999 (rec. 987/1997).

<sup>60</sup> Por ATC 1021/1988, de 26 de septiembre, se inadmitió a trámite el recurso de amparo núm. 521/1987.

<sup>61</sup> En ese sentido, en STSJ Madrid 9 diciembre 1994 (rec. 5698/1994) se argumenta que no cabe alegar como responsabilidad familiar a pareja de hecho, porque el legislador efectúa *«una relación cerrada, de quienes entran dentro del concepto de responsabilidades familiares»*. Y, de igual modo, entre otras: SsTSJ Andalucía 9 febrero 1993 (rec. 1296/1991) y 30 abril 2008 (rec. 1650/2007); STSJ Asturias 18 julio 2003 (rec. 946/2002); STSJ Islas Canarias 28 abril 2004 (rec. 29/1999); y STSJ Galicia 20 marzo 2012 (rec. 2872/2010).

<sup>62</sup> Así se sostiene en STSJ Comunidad V. 18 diciembre 2017 (rec. 2204/2016).

hijos conviven con él y, a su vez, con el otro progenitor que les puede alimentar<sup>63</sup>. En la mayoría de conflictos judiciales, se ha negado la existencia de “*responsabilidades familiares*” cuando, al computar las rentas de la pareja de hecho junto a las del resto de integrantes de la unidad familiar y dividir las entre los miembros de la pareja y sus hijos menores de 26 años o mayores incapacitados, el resultado obtenido excede del 75 % del SMI excluidas pagas extraordinarias<sup>64</sup>. Apostando por esta misma solución, pero sólo ante aquellas parejas estables registradas como tales y capaces de abrir pensión de viudedad, se manifiesta la STSJ Andalucía 26 noviembre 2014 (rec. 1874/2014), pues *«no se entiende que si... esa situación de pareja de hecho debidamente inscrita en el registro puede generar... el derecho a una pensión de viudedad, en cambio los ingresos de esa pareja de hecho no puedan computarse como ingresos de la unidad familiar a los efectos aquí debatidos, ya que ello supondría tanto como sostener que la situación de pareja de hecho genera únicamente los derechos que comportaría una situación matrimonial, pero ninguna de las obligaciones que la misma conlleva»*.

Por el contrario, defendiendo la literalidad del art. 215.2 LGSS/1994 o art. 275.3 LGSS, de cuyo tenor se desprende claramente qué debe entenderse por responsabilidades familiares y considerando que, en su caso, compete al legislador modificar los términos legales, se ha reconocido el subsidio por desempleo a quien, careciendo de rentas, tiene hijos a los que atender dada su propia obligación de alimentos, con independencia de las rentas de las que disponga el otro progenitor con el que se conviva. Y ello argumentándose además que como en estos supuestos *«la convivencia se produce con personas no vinculadas por aquella obligación de alimentos»*, entonces no cabe exigir que la *«solidaridad familiar»* sea antepuesta a *«solidaridad general»*, pues sólo los *«cónyuges»* deben auxiliarse para cumplir con el deber alimenticio a favor de sus hijos<sup>65</sup>. Y si bien la STSJ Andalucía 19 marzo 2015 (rec. 2834/2014) que abogaba por esta concreta interpretación, ha sido casada y anulada, a instancias del SEPE, por STS 15 febrero 2017 (recud. 2921/2015), en realidad esta última solución no ha abordado el fondo del asunto, limitándose a argumentar que la no presentación de las nóminas de la pareja de hecho justificaban que se archivara la solicitud del subsidio<sup>66</sup>.

No apreciándose, por ahora, y según ATS 21 junio 2018 (recud. 3204/2017), la existencia de contradicción entre la sentencia recurrida (STSJ Andalucía 27 abril de 2017) y la de contraste (STSJ Andalucía 16 noviembre 2014, a la que antes se ha hecho referencia), *«pues no obstante existir en ambos casos una situación de convivencia de una pareja»*, mientras que en esta segunda *«consta un hijo común sobre el que ambos progenitores tienen obligación de prestación de alimentos»*, en cambio *«dicha circunstancia es ajena a la sentencia recurrida»* en la que la pareja tiene dos hijos *«pero uno es mayor de 26 años, y el otro no convive en el domicilio del beneficiario, además de acreditar ingresos propios»*.

#### F) Nietos del solicitante del subsidio por desempleo

En STS 5 diciembre 2008 (recud. 2548/2006) se dirimió si *«la nieta, que convive con el solicitante del subsidio de desempleo, integra o no el concepto de unidad familiar»* que establecía el art. 215.2 LGSS/1994 (ahora art.275.3 LGSS). Y, reconociendo que, a efectos del límite del SMI (después IPREM) para la prestación por desempleo al que aludía el art. 211.3 LGSS/1994 (hoy art. 270.3 LGSS), si se habían aplicado *«criterios de flexibilidad cuando los padres de los menores han fallecido y es el abuelo quien se hace cargo de la guarda y cuidado de aquéllos»* (STS 13 junio 1998; recud. 4718/1997), sin embargo, no sólo se destacó cómo, en el caso enjuiciado, ni constaba que *«concurrieran ninguna de tales circunstancias»* ni que la nieta estuviera *«en el régimen de acogimiento familiar... del Código Civil»*, sino que,

<sup>63</sup> Sobre esa controversia, VILLA RODRÍGUEZ, F. y TATAY PUCHADES, C.: “Pareja de hecho y responsabilidades familiares a efectos de la protección por desempleo. STSJ Andalucía-Granada 19 de marzo 2015 (JUR 2015, 143199)”, *Nueva revista española de derecho del trabajo*, nº 177, 2015, pp. 329-339.

<sup>64</sup> De ese modo se concluye, entre otras, en STSJ Castilla-León (Burgos) 3 octubre 2013 (rec. 503/2013), STSJ Cataluña 28 octubre 2013 (rec. 1056/2013), STSJ Comunidad V. 18 junio 2014 (rec. 380/2014), o STSJ Andalucía 26 noviembre 2014 (rec. 1874/2014).

<sup>65</sup> Así se sostiene en STSJ Andalucía 19 marzo 2015 (rec. 2834/2014) y 28 septiembre 2017 (rec. 323/2017).

<sup>66</sup> Por ATS 14 julio 2017 (rec. 2921/2015) se ha inadmitido el incidente de nulidad que, por no haber afrontado la controversia jurídica, se había interpuesto contra la citada STS 15 febrero 2017 (recud. 2921/2015).

sobre todo, se argumentó que «*la claridad de la norma*» no permitía «*efectuar otra interpretación que no sea la literab*», sin poder «*incluir a otros parientes, a través de una interpretación integradora...*, porque con ello (se) invadiría..., la esfera competencial del legislador». Descartándose además la aplicación de la jurisprudencia relativa a la penidad de invalidez no contributiva (SsTS 17 marzo 1997 y 17 enero 2000) porque el «*cómputo de rentas y los grados de parentesco de los integrantes de la unidad económica de convivencia a tales efectos tiene su propia y muy diferenciada regulación*».

Posición que indirectamente se reforzó mediante ATS 12 noviembre 2015 (recud. 776/2015) que apreció inexistencia de contenido casacional porque la sentencia que se impugnaba se había pronunciado en los mismos términos que la citada STS 5 diciembre 2008, mientras que la que se aportaba como contraria mantenía «*que una interpretación excesivamente rigorista de lo dispuesto*» en el art. 215 LGS/1994 «*desvirtuaría el sentido de la norma protectora al excluir a los hijos de las madres solteras que convivan en el hogar paterno, confiriendo, en una suerte de contrasentido, mejor condición a estos efectos a los menores acogidos que a los propios nietos*» (STSJ Madrid 7 junio 2011; rec. 2280/2011).

### 3. RESPONSABILIDADES FAMILIARES PARA EL PENADO QUE INGRESA EN PRISIÓN

De conformidad con el art. 271.1.c) LGSS (y art. 279.1 LGSS que remite al primero), es causa de suspensión del derecho a la prestación y al subsidio por desempleo estar cumpliendo “*condena que implique privación de libertad*”, aunque de esta regla queda expresamente excluido aquel beneficiario de protección que “*tuviese responsabilidades familiares y no disfrutara de renta familiar alguna cuya cuantía exceda del salario mínimo interprofesional*”.

Conviene destacar que –según ya se ha avanzado– el art. 18.1 RD 625/1985 explicitó, en concordancia con el art. 13.4 Ley 31/1984, qué debía entenderse por “*responsabilidades familiares*”, pero de tal modo que, al realizar esta aclaración, no sólo la efectuó al hilo del subsidio de desempleo introducido por el art. 13.1 de la misma Ley 31/1984, sino también a “*los efectos previstos*” en el art. 10 de dicha norma. Y ello porque, conforme al art. 10.1.c) y d) de la Ley 31/1984, la percepción de la prestación por desempleo se suspendía, respectivamente, mientras “*el titular del derecho se encuentre prestando el servicio militar o realizando una prestación social sustitutoria de aquél*”, así como mientras “*el titular del derecho esté cumpliendo condena que implique privación de libertad*”, aunque exceptuándose, en ambos casos, de la suspensión del derecho a quien “*tuviese responsabilidades familiares y no disfrutara de renta familiar alguna cuya cuantía exceda del salario mínimo interprofesional*”. De forma que, atendiendo a los entonces arts. 13.3 Ley 31/1984 y 18.1 RD 625/1985, se consideró que esa circunstancia concurría si se tenía “*a cargo al menos al cónyuge o a un familiar por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado inclusive que convivan con el trabajador cuando la renta mensual del conjunto de la unidad familiar dividida por el número de miembros que la componen no supere el salario mínimo interprofesional*”.

Ahora bien, mientras que, como consecuencia de los cambios legislativos (art. 13.3 Ley 31/1984, reformado por art. 35 Ley 22/1993, según después asumieron los arts. 215.2 LGSS/1994 y 275.3 LGSS), el alcance de las “*responsabilidades familiares*” se ha modificado sustancialmente a los concretos efectos de los subsidios por desempleo, en cambio, las posibles excepciones a la suspensión del derecho a la prestación o al subsidio por desempleo por concurrir esas responsabilidades prácticamente no han variado a pesar de las numerosas alteraciones que han conocido las causas de suspensión de dicha protección. Y así, con iguales términos, las apuntadas excepciones transitaron desde el art. 10.1.c) y d) Ley 31/1984 al posterior art. 212.1.b) y c) LGSS/1994, circunscribiéndose después, y conforme al art. 271.1.c) LGSS, al “*titular del derecho*” que “*esté cumpliendo condena que implique privación de libertad*” y que “*tuviese responsabilidades familiares y no disfrutara de renta familiar alguna cuya cuantía exceda del salario mínimo interprofesional*”.

De tal modo que ahora la pregunta a resolver es: ¿qué debe considerarse como responsabilidades familiares a los efectos de esa excepción? Y, ante la falta de otra previsión normativa, la respuesta probablemente consista en considerar como tales a las que siguen describiéndose desde el art. 18.1 RD 625/1985. A saber: tener a cargo “*al menos al cónyuge o a un familiar por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado inclusive que convivan con el trabajador*” (con

todas las matizaciones que se han apuntado al hilo de esa convivencia), “cuando la renta mensual del conjunto de la unidad familiar dividida por el número de miembros que la componen no supere el salario mínimo interprofesional”, sin que se hayan excluido expresamente las gratificaciones extraordinarias.

No obstante, la apuntada cuestión no parece haber sido conflictiva. O, al menos, por ahora, la única controversia que se ha suscitado en casación se ha centrado en dirimir si las responsabilidades familiares del penado, que operan como causa de suspensión de la protección, también permitían que, quien ya estaba recluso, pudiera solicitar el subsidio de desempleo por contar con dichas responsabilidades. Subsidio cuya duración puede oscilar desde tres hasta treinta meses, dependiendo de factores tales como la edad del causante o de si el mismo ha disfrutado o no de prestación por desempleo y, en su caso, durante cuántos días (art. 177 LGSS). Y, decantándose por una interpretación analógica, en STS 10 diciembre 2012 (recud. 4389/2011) se sostuvo que no cabía diferenciar «entre el derecho ya reconocido y su posible reconocimiento inicial», pues «la razón de ser a que responde la excepción es precisamente la de proteger elementales necesidades económicas de la familia que está a cargo del beneficiario, por lo si esta misma situación de necesidad concurre en la fecha de la solicitud de reconocimiento, por lógica tal causa –“ratio”- ha de operar igualmente en el sentido de no obstar la declaración del derecho», no estimándose «razonable que pueda quedar al albur de que la condena sea anterior o posterior al reconocimiento del derecho». Afirmándose además que esta interpretación «viene avalada por razones de índole constitucional, cuales son el derecho al trabajo y a la protección de Seguridad Social que ostentan los condenados a pena de prisión [art. 25.2 CE]; y la protección económica y jurídica de la familia que se encomienda a los poderes públicos [art. 39 CE]»<sup>67</sup>.

En todo caso, un problema adicional puede surgir cuando, amparándose en la existencia de responsabilidades familiares, no se suspenda la prestación o cualesquiera de los subsidios por desempleo de quien ingresa en prisión. Y ello porque, a la vez que va consumiéndose el derecho del recluso que cuenta con responsabilidades familiares, resulta factible que dicho penado vaya generando una nueva prestación o subsidio por desempleo, que podría solicitar al finalizar su internamiento. En efecto, basta pensar que “los liberados de prisión” se declaran comprendidos en la “protección por desempleo” (art. 264.1.c LGSS) debiendo acreditar su “situación legal de desempleo” conforme a lo previsto en el art. 12 RD 625/1985. Y ello: tanto a efectos del nivel contributivo, si reúnen los requisitos que establece el art. 266 LGSS; como, a efectos del nivel asistencial, si no tienen “derecho a la prestación por desempleo”, cumplen los requisitos del art. 274.1 LGSS –y, en su caso, las discutibles exigencias adicionales previstas para quienes hayan cometido delitos contemplados en las letras a), b), c) y d) del art. 36.2 del Código Penal- y “siempre que la privación de libertad haya sido por tiempo superior a seis meses” (art. 274.2 LGSS). Pudiendo, en este segundo supuesto, acceder al subsidio por desempleo con una duración de “de seis meses prorrogables, por períodos semestrales, hasta un máximo de dieciocho meses” (art. 277.1 LGSS).

De tal forma que la inicial prestación o subsidio por desempleo de quien ingresa en prisión y no suspende su derecho por tener responsabilidades familiares, podrá o no podrá haberse agotado durante el internamiento. De haberse consumido íntegramente, nada obsta al reconocimiento del segundo derecho. Pero, ¿qué ocurrirá si todavía no se ha agotado la protección inicial?

Hasta la fecha el único problema que parece haberse planteado en suplicación ha consistido en dirimir si, al finalizar una privación de libertad que haya excedido de seis meses, procedía la reapertura del derecho a la prestación por desempleo que sí se había suspendido, o diversamente la apertura del subsidio específicamente previsto para los liberados de prisión que “no tengan derecho a la prestación por desempleo”. Y mientras que algunas soluciones han abogado por la posibilidad de reconocer el subsidio por desempleo al liberado de prisión aunque también tuviera derecho a la prestación (casi ya consumida), alegando que, en otro caso, se le haría de peor condición que a los

<sup>67</sup> En iguales términos, STSJ Cataluña 1 octubre 2014 (rec. 4002/2014), ante el perceptor del subsidio por desempleo mayor de 52 años que es ingresado en prisión y, por ello, no renueva demanda de empleo, teniendo “responsabilidades familiares”, por deber alimentos a una hija.

otros reclusos «*que nunca han trabajado ni... (la) han generado*»<sup>68</sup>, en cambio, otras resoluciones han defendido la posición contraria, ciñéndose al tenor de la norma que exige haber sido liberado de prisión y no tener derecho a la prestación por desempleo<sup>69</sup>.

Pero no semeja haberse afrontado esa cuestión cuando el derecho aún no consumido fuera precisamente otro subsidio por desempleo. Lamentablemente, ninguna previsión normativa permite resolver la pregunta, pues el denominado «*derecho de opción*» sólo se aplica cuando “*el derecho a la prestación se extinga por realizar el titular un trabajo de duración igual o superior a doce meses*”, pudiéndose entonces optar “*en el caso de que se le reconozca una nueva prestación, entre reabrir el derecho inicial por el período que le restaba..., o percibir la prestación generada por las nuevas cotizaciones efectuadas*”, de forma que si se opta por la prestación anterior, las cotizaciones que generaron la nueva prestación ya “*no podrán computarse para el reconocimiento de un derecho posterior, de nivel contributivo o asistencial*” (art. 269.3 LGSS).

---

<sup>68</sup> De este modo en: STSJ Galicia 4 junio 2001 (rec. 2611/1998), STJ Aragón 5 abril 2004 (rec. 799/2003) y STSJ Extremadura 30 marzo 2006 (rec. 799/ 2003).

<sup>69</sup> Así en: STSJ C. Valenciana 1 diciembre 2000 (rec. 3952/1997 y SsTJ Cataluña 27 noviembre 2001 (2896/2001) y 28 abril 2017 (rec. 764/2017).

# TÍTULO V: LA PROTECCIÓN SOCIAL ANTE LOS NUEVOS RETOS Y DESAFÍOS DE LA FAMILIA Y DE LOS DERECHOS DE CONCILIACIÓN

## PONENCIAS

### CAPÍTULO I. ADECUACIÓN O INADECUACIÓN DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN FAMILIAR DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN EL ACTUAL CONTEXTO SOCIAL, ECONÓMICO Y FAMILIAR. NUEVOS PLANTEAMIENTOS

MIGUEL ÁNGEL ALMENDROS GONZÁLEZ

*Profesor Titular (acreditado a Catedrático) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de Granada*

#### I. EL CONTEXTO SOCIAL, ECONÓMICO Y FAMILIAR

##### 1. TIPOLOGÍAS FAMILIARES

La sociedad española (y en general, las sociedades occidentales) se enfrenta a cambios sociodemográficos estructurales. Los fenómenos más significativos son: 1) baja tasa de natalidad; 2) incremento de la esperanza de vida; 3) envejecimiento de la población; 4) incorporación normalizada y generalizada de la mujer al trabajo; 5) retraso de la edad de emancipación de los hijos; 6) necesidad de conciliación de familia y trabajo; 7) crisis económica y pérdida de empleo de miembros de la familia; 8) aumento del número de hogares unipersonales; e 9) incremento de las rupturas y disoluciones familiares. Ello conlleva la necesidad de adecuar el funcionamiento de los sistemas de protección social a estas nuevas realidades, y en particular, fomentando la natalidad y apoyando la maternidad, la corresponsabilidad en la asunción de responsabilidades familiares, y, como no, ampliando el ámbito protector a nuevas estructuras familiares.

El concepto de familia ha evolucionado y se ha adaptado a los cambios estructurales, sociológicos y culturales que han afectado a las relaciones entre padres e hijos, al tamaño y composición de las familias (evidenciando una tendencia a la reducción del tamaño medio de la familia y una disminución en el número de personas que integran las unidades convivenciales), al incremento de los hogares unipersonales y de las familias monoparentales, a las separaciones y divorcios (y en su caso, familias reconstituidas), al reconocimiento jurídico de las uniones matrimoniales homosexuales o a las nuevas formas de convivencia (uniones de hecho, con o sin reconocimiento civil). En cualquier caso, y aunque la familia tradicional (cónyuges y descendientes)

sigue siendo el modelo familiar sobre el que se asienta el sistema de prestaciones familiares de la Seguridad Social, ya no es el único modelo de referencia normativa. Por ello, desde un planteamiento amplio, entendemos por “familia” toda unidad de convivencia integrada por personas unidas por lazos afectivos y de parentesco<sup>1</sup>. Ante esta situación de “pluralismo” familiar sería necesario que las técnicas de protección familiar alcanzaran a todas sus manifestaciones; especialmente, teniendo en cuenta que entre estas nuevas realidades familiares se encuentran algunas en graves situaciones de necesidad y en peligro de exclusión social (como por ejemplo en el caso de familias monoparentales).

## 2. FUNDAMENTOS Y OBJETIVOS DE LA PROTECCIÓN A LA FAMILIA

Encontramos numerosas referencias normativas internacionales sobre la necesidad de políticas de protección a la familia. Entre otras muchas:

- el artículo 16.3 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948 proclama que “la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado”;
- el artículo 23.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, en los mismos términos;
- el artículo 9 de la Declaración de los Derechos de la Familia de la Unión Internacional de Organismos Familiares de 28 de julio de 1951;
- el artículo 4 de la Declaración sobre el Progreso y el Desarrollo en lo Social, aprobada en 1969 por la Asamblea General de la ONU, que manifiesta que “la familia, como unidad básica de la sociedad y medio natural para el desenvolvimiento y bienestar de todos sus miembros, especialmente los niños y los jóvenes, debe ser ayudada y protegida para que pueda asumir plenamente sus responsabilidades en la comunidad”;
- el artículo 18.2 de la Convención de los Derechos del Niño (UNICEF, 1989), que reconoce que los Estados Partes “prestarán la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño y velarán por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños”.
- y en particular, a nivel europeo, el punto 16 de la Parte I de la Carta Social Europea que reconoce que “la familia, como célula fundamental de la sociedad, tiene derecho a una adecuada protección social, jurídica y económica, para lograr su pleno desarrollo”;
- el artículo 33.1 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2000, que garantiza “la protección de la familia en el plano jurídico, económico y social”;
- la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, el Consejo, el Comité Económico y Social y el Comité de la Regiones: Promoviendo la solidaridad entre generaciones (COM (2007) 244final, p.4), que manifiesta que “las políticas de apoyo a los Estados miembros de la Unión Europea debe contener compensación de los gastos directos e indirectos asociados a la familia”

<sup>1</sup> Sobre el concepto jurídico de familia y la diversidad de realidades familiares, así como sobre los fundamentos de la protección familiar, *vid.* ALMENDROS GONZÁLEZ, M.A., *La protección social de la familia*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005, pp. 73-85; y ALMENDROS GONZÁLEZ, M.A.: “Prestaciones familiares en su modalidad no contributiva”, en VV.AA. (dir. por J.L. Monereo Pérez y G. Rodríguez Iniesta): *Tratado de Derecho de la Seguridad Social, Tomo II*, Laborum, Murcia, 2017, pp. 305-311.



Por su parte, y de manera específica, el Consejo Económico y Social de la ONU (Informe del Secretario General: *Preparativos y celebración del vigésimo aniversario del Año Internacional de la Familia 2014*, de 11 de noviembre de 2011) destacaba la necesidad de contar con marcos de políticas especiales para las familias que corren mayor riesgo de caer en la pobreza y en la exclusión social, a saber: familias numerosas, familias monoparentales y familias con personas con discapacidad.

Descendiendo al ámbito interno, nuestro fundamento constitucional específico de la protección a la familia se encuentra en el artículo 39 CE: “los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia”. No obstante, existen otras referencias constitucionales, tanto desde el punto de vista de los *derechos* (artículo 18 que garantiza el derecho a la intimidad familiar o artículo 35.1 que reconoce el derecho al trabajo y a una remuneración suficiente para satisfacer sus necesidades y las de su familia), como desde la perspectiva de las *obligaciones* (como el artículo 50 que alude a las obligaciones familiares en relación con los ancianos).

En cuanto al alcance y el valor que tiene este deber constitucional de protección a la familia, hay que subrayar que no se configura como un derecho subjetivo, sino como un principio rector de la política social y económica dirigido a los poderes públicos y, por tanto, necesitado de una posterior concreción jurídica. Son los *poderes públicos*, en general, a quienes la Constitución responsabiliza de la protección a la familia; cualesquiera que fuere su ámbito territorial o funcional. Por tanto, no sólo los poderes públicos estatales, también los autonómicos y los municipales tienen el deber de asegurar dicha protección; aunque eso sí, respetando el marco constitucional de distribución de competencias normativas (artículos 148 y 149). El artículo 53.3 de la CE confirma que el reconocimiento, el respeto y la protección de los principios rectores, entre los que se encuentra el deber de protección a la familia, informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Y sólo constituirán auténticos derechos, es decir, sólo podrán ser alegados ante la Jurisdicción ordinaria, “de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollan”. Así, este deber de protección a la familia puede tener un contenido más o menos amplio según el desarrollo normativo que de él se haga. Pero en todo caso, la protección a la familia debe tener lugar en esos tres ámbitos que el precepto constitucional determina: social, económico y jurídico; ámbitos que, dicho sea de paso, son difíciles de individualizar y separar.

No obstante, no existe definición alguna de lo que la Constitución (y las leyes que la desarrollan) entienden por familia. Partiendo de la diversidad tipológica a la que acabamos de aludir, se trata de un concepto que no se considera necesario definir, prefiriéndose, en aras a una mayor flexibilidad, dejar abierta la posibilidad de que “familia” sea todo aquello que la misma realidad social considere como tal. En este sentido, el Tribunal Constitucional (TC) entiende que la Constitución garantiza el instituto de la familia y, por ende, la existencia de un *reducto indisponible o núcleo esencial* del mismo (STC 32/1981; STC 40/1998 y STC 109/1998) en términos “recognoscibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar” (STC 26/1987), admitiendo además que el concepto constitucional de familia posee perfiles notoriamente amplios (STC 116/1999, de 17 de junio), y que no resulta protegida únicamente la familia “que se constituye como matrimonio, sino también a la familia como realidad social, entendiendo por tal la que se constituye voluntariamente mediante la unión de hecho, afectiva y estable de una pareja (STC 47/1993, de 8 de febrero). Ahora bien, desde una interpretación sistemática del precepto constitucional se constata que la protección social, económica y jurídica debe dirigirse principalmente (aunque según los pronunciamientos del TC no de manera exclusiva) a *familias con hijos*, puesto que el nacimiento de un hijo, su crianza y educación constituye una “carga” familiar que dota de especificidad y sentido a las medidas protectoras de la familia, y es lo que justifica la intervención de los poderes públicos.

En cuanto a los objetivos que persiguen las distintas medidas y ayudas públicas de protección a la familia, ha sido una constante el identificar tres objetivos básicos<sup>2</sup>: 1) la compensación por cargas familiares y redistribución de rentas; 2) el mantenimiento de la natalidad y el equilibrio demográfico; y 3) la conciliación de la vida laboral, personal y familiar.

En cuanto a la finalidad compensatoria de las ayudas familiares, hay que partir de la consideración de que las unidades familiares con hijos u otros familiares a cargo se encuentran en una situación de desequilibrio entre ingresos y gastos derivada no tanto de una pérdida de ingresos (salario, prestaciones económicas, rentas del capital, etcétera... como ocurre con otras ayudas públicas) sino por el incremento de gastos que conllevan las cargas familiares (cuando se habla de "carga" se está aludiendo básicamente a la generada por hijos o menores de edad, que consumen pero no producen). Esta circunstancia desfavorable justifica que los poderes públicos "compensen" mediante algún tipo de beneficio o ayuda a estas familias que se pueden encontrar en situación de necesidad por esas cargas familiares, al tiempo que se cumple con un objetivo redistributivo de rentas.

Respecto a la finalidad natalista, las políticas familiares pretenden influir en los comportamientos demográficos, incrementando la tasa de natalidad mediante la eliminación de las dificultades, trabas o condicionantes (principalmente económicos) que están presentes en la función reproductora de las familias (principio de continuidad demográfica).

Y por último, el objetivo de conciliación de la vida laboral y familiar. Hay que tener en cuenta que una política integral de protección a la familia debe incluir también medidas que permitiesen a sus miembros que la función reproductora y la función de criar, cuidar y educar a los hijos (y en su caso la atención a otros parientes que no puedan valerse por sí mismo, como ancianos, discapacitados o enfermos) no se convierta en un obstáculo insalvable para poder desarrollar al mismo tiempo su vida personal y su carrera laboral y profesional. Se trata de garantizar un tiempo para la familia, de conciliar la actividad profesional con la atención de las responsabilidades familiares.

En cualquier caso, las políticas de ayuda a las familias también tienen como finalidad la consecución de la igualdad real entre mujeres y hombres mediante la corresponsabilidad en la atención de las cargas familiares y profesionales (este es precisamente el principal objetivo de los modelos de protección familiar más eficaces y exitosos, como el sueco).

No obstante, a todos estos objetivos que persiguen las políticas de protección a la familia debe añadirse el mandato constitucional que obliga a los poderes públicos a garantizar la protección social, económica y jurídica de la familia.

### 3. TÉCNICAS DE PROTECCIÓN FAMILIAR

Las políticas de protección a la familia recurren a mecanismos e instrumentos de diversa naturaleza. Las mismas políticas globales del Estado del Bienestar redundan en beneficio de las familias y de los individuos que las integran. Así, se pueden calificar como políticas familiares implícitas las que afectan a Sanidad, Educación, Transporte, Vivienda o Empleo. Igualmente redundan en la protección familiar aquellas otras políticas dirigidas a las personas que precisan una mayor atención, como la infancia, personas mayores o discapacitados. Pero además de ello, nos encontramos con la anteriormente referida exigencia constitucional de medidas específicamente dirigidas a la familia. Sin perjuicio de otras vías de protección, como la civil (obligaciones paterno filiales y obligaciones de alimentos entre parientes) o como la penal (delitos contra los derechos y deberes familiares) la institución familiar es fundamentalmente objeto de protección por los poderes públicos a través de una doble vertiente: la *política fiscal* y las *prestaciones familiares* encuadradas bien en la Seguridad Social bien en la llamada Asistencia Social y Servicios Sociales.

<sup>2</sup> Tales objetivos, presentes actualmente en la configuración de nuestro sistema de protección social a la familia, fueron ya identificados en un estudio inédito de octubre de 1971, elaborado por el Equipo de Trabajo del Servicio de Estudios Generales de Seguridad Social del Ministerio de Trabajo (Carpeta IV) dirigido VIDA SORIA, J.

Esta diversidad de técnicas de protección familiar y de medidas apoyo a la familia queda bien patente en las distintas líneas estratégicas que fija el Plan Integral de Apoyo a la Familia 2015-2017 (Protección social y económica a las familias, Conciliación y corresponsabilidad, Apoyo a la maternidad y entorno favorable para la vida familiar, Parentalidad positiva, Apoyo a las familias con necesidades especiales, Actuaciones transversales de coordinación de políticas familiares...), que incluye medidas de distinta naturaleza, tales como: apoyo al empleo, prestaciones sociales, de carácter fiscal y otras de apoyo económico directo a las familias; prestación de servicios, vivienda, educación y otras medidas para facilitar la inclusión de las familias; conciliación de la actividad laboral y las responsabilidades familiares; medidas de apoyo a la maternidad, medidas sociosanitarias de apoyo a la familia; medidas en el ámbito judicial y de protección a la infancia; medidas en los ámbitos de vivienda, transporte, formación, TIC, ocio y cultura, etc.

Por tanto, las políticas de protección a la familia se articulan desde diversos ámbitos y a través de distintas técnicas, pero básicamente a través de la fiscalidad y de la protección social. La STC 214/1994 refuerza esta misma idea en la medida que admite que el legislador goza de libertad para articular las medidas que supongan ayudas a las familias mediante beneficios tributarios, mediante prestaciones sociales o mediante un sistema dual que combine ambas técnicas.

También es importante destacar que las medidas de protección a la familia no son sólo de naturaleza prestacional (de contenido monetario o no) sino también de promoción y fomento. Así, encontramos, por un lado, reformas en la normativa laboral y funcional que pretenden conciliar el trabajo y la familia (que deben completarse con campañas igualitaristas dirigidas a concienciar de la importancia de compartir ambos sexos las responsabilidades familiares), y por otro lado, programas específicos de protección a la infancia, a los ancianos, a discapacitados, a enfermos, a la maternidad, a la erradicación de violencia de género y familiar, etcétera, que tienen una repercusión inmediata en la vida familiar.

Nos encontramos así con un concepto flexible de “prestación familiar”. En este sentido amplio entendemos por “prestación familiar” toda ayuda (económica o no) que provenga de los poderes públicos y que vaya dirigida a compensar las cargas familiares (en esta misma línea interpretativa, *vid.* la STJCE de 15 de marzo de 2001, caso *Offermanns*, y la STJCE de 5 de febrero de 2002, caso *Humer*, que precisan el concepto de prestación familiar al que se refería el Reglamento 1408/71/CEE del Consejo, de 14 de junio, sobre aplicación de los regímenes de Seguridad Social de los trabajadores por cuenta ajena y a sus familias que se desplacen dentro de la Comunidad). Por su parte, el artículo 1.º del Reglamento CE 883/2004, sobre coordinación de los sistemas de seguridad social, entiende por prestaciones familiares “todas las prestaciones en especie o en metálico destinadas a hacer frente a los gastos familiares”, pero con expresa exclusión de las pensiones alimenticias y los subsidios especiales de natalidad y adopción. Por tanto, la clave de esta definición de prestación familiar se encuentra en su finalidad, “hacer frente a los gastos familiares”, lo que ha sido interpretada por el TJUE en el sentido de tratarse de una contribución pública al presupuesto familiar “destinada a aligerar las cargas derivadas de la manutención de los hijos”<sup>3</sup>. Sin embargo, en sentido estricto, limitamos dicho concepto a las que, con esa denominación de “prestaciones familiares”, se incluyen dentro del sistema protector de la Seguridad Social.

Actualmente, y tal como veremos más adelante, las prestaciones familiares de nuestro sistema de Seguridad Social son eminentemente de carácter no contributivo. Bajo esta calificación jurídica o *nomen iuris* de “prestaciones familiares en su modalidad no contributiva” (artículo 351 TRLGSS) encontramos, como detallaremos más adelante, tres tipos de prestaciones: 1) una asignación económica por hijo o menor acogido a cargo, que, salvo en el caso de que el hijo tenga la consideración legal de discapacitado, exige acreditar la situación de necesidad en la que se

<sup>3</sup> STJUE de 21 de junio de 2017, asunto *Martínez Silva*, C-449/16, apartado 23. En la misma línea, interpretando la expresión “compensar las cargas familiares”, la STJUE de 19 de septiembre de 2013, asuntos *Hlidal y Vormand*, C-216/12 y C-217/12, apartado 55; la ya mencionada STJUE de 15 marzo de 2001, asunto *Offermanns*, C-85/99, apartado 41; y la STJUE de 7 de noviembre de 2002, asunto *Maabeimo*, C-333/00, apartado 25).

encuentra la familia mediante la no superación de un determinado límite de ingresos familiares anuales; 2) una prestación económica de pago único por nacimiento o adopción de hijo en supuestos de familias numerosas, monoparentales y de madres con discapacidad, que también exige carencia de ingresos suficientes; y 3) una prestación económica de pago único por parto o adopción múltiples. En todos los casos, como veremos, se exige como requisito para ser beneficiario residencia legal en territorio español.

Casi marginalmente, nuestro sistema de prestaciones familiares contempla también determinados beneficios y ayudas familiares de la Seguridad Social de carácter contributivo, en particular, los períodos de cotización asimilados al parto (artículo 235 TRLGSS), los beneficios por cuidado de hijos o menores (artículo 236 TRLGSS), y especialmente la prestación familiar en su modalidad contributiva (artículo 237 TRLGSS), por la que se considera como períodos de cotización efectiva los de excedencia por cuidado de hijo, los de excedencia por cuidado de otros familiares y los de reducción de jornada de trabajo por determinados motivos familiares.

Pero también hay otras prestaciones que aunque no tengan expresamente la calificación de “prestaciones familiares”, inciden de alguna manera en la protección a la familia. Las encontramos tanto dentro del sistema de Seguridad Social (prestaciones por maternidad, por paternidad, por riesgo durante el embarazo, por riesgo durante la lactancia natural, por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave, por muerte y supervivencia en favor de familiares, por orfandad, por viudedad, etcétera) como fuera de éste, a través de prestaciones asistenciales (en su mayor parte de carácter autonómico) o ayudas y beneficios fiscales en favor de la familia.

No obstante, nos vamos a centrar en el análisis del régimen jurídico de las prestaciones expresamente calificadas por nuestro sistema de Seguridad Social como “prestaciones familiares”. Pero previamente, para comprender cómo hemos llegado a la actual configuración de tales prestaciones familiares de la Seguridad Social es necesario un mínimo análisis de su evolución.

## II. ORIGEN Y EVOLUCIÓN DEL SISTEMA DE PROTECCIÓN SOCIAL A LA FAMILIA

Como ya hemos señalado, el fundamento de la protección que dispensa la Seguridad Social a la familia es la existencia de una “carga familiar”, y por tanto, la finalidad de las prestaciones familiares es precisamente compensar económicamente por dichas cargas. El problema reside en si, desde una perspectiva contributiva, esas cargas familiares (que reflejan la dependencia económica del receptor de rentas del resto de miembros de la familia) constituyen o no un riesgo individualizado y evaluable económicamente que sea susceptible de ser cubierto por la Seguridad Social. La doctrina clásica en materia de seguridad social ha dado una respuesta afirmativa a dicha cuestión<sup>4</sup>, pues dicho riesgo se puede concretar individualmente y tiene o puede tener un aspecto económico consistente en “un defecto de la renta normal para la atención de las necesidades, bien que el defecto no surja tanto del correlativo defecto de rentas como del exceso de gastos”. De esta forma, el sólo hecho de tener familiares a cargo supone un aumento de los gastos que puede ser objeto de compensación por parte de la Seguridad Social. Por ello, la existencia de dichas cargas familiares fue considerada, desde los orígenes del seguro social, como un riesgo susceptible de protección mediante la técnica asegurativa. No obstante, la técnica del seguro no encajaba del todo con la noción de riesgo familiar (pues no es adecuada para proteger a la familia directamente y sólo la puede proteger indirectamente, a través del responsable familiar). De ahí que la protección a la familia por la Seguridad Social haya forzado el ensanchamiento de la noción del riesgo, ya que sólo en un sentido amplio puede hablarse de riesgo familiar: *se trata más de atender a una situación de necesidad que de proteger a los interesados frente a un riesgo, entendido en sentido técnico*<sup>5</sup>. Así, la “carga

<sup>4</sup> Entre otros, ALONSO OLEA, M., “Salarios y subsidios familiares en la *Mater et Magistra*”, *Revista de Política Social* núm. 52, 1961, p. 140; ALONSO OLEA, M. y TORTUERO PLAZA, J.L., *Instituciones de Seguridad Social*, 17ª Edición, Civitas, Madrid, 2001, p. 352; BORRAJO DACRUZ, E., *El sistema jurídico de previsión social*, Madrid, 1963; o DURAND, P., *La política contemporánea de Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1991, pp. 58-60.

<sup>5</sup> SAGARDOY BENGOCHEA, J.A., “La protección a la familia en el nuevo régimen de la Seguridad Social”, *Revista Iberoamericana de Seguridad Social*, núm. 5, 1967, p. 1269.

familiar” se redefine como “necesidad social”, y las prestaciones familiares viran hacia un modelo claramente modelo no contributivo.

De este modo, la evolución de la protección familiar de la Seguridad Social evidencia un proceso de “asistencialización” (mucho más visible desde la Ley de Prestaciones No Contributivas de 1990). Así, el fundamento de la protección familiar de la Seguridad Social deja de ser la existencia de un riesgo familiar asegurable para convertirse en la existencia de una situación de necesidad derivada de un aumento de gastos originados por la presencia de miembros de la unidad familiar dependientes (fundamentalmente, los hijos). De esta forma, se constata un tránsito del concepto de riesgos diferenciados hacia la situación de necesidad en general. Desde este punto de vista, la Seguridad Social no atiende a cualquier persona afectada por el “riesgo familiar”, esto es, la disminución de ingresos (por aumentar sus gastos) debido a las “cargas familiares”; sino que protege únicamente a aquellas personas (y por extensión, sus familias) a las que dichas “cargas familiares” coloca en un estado o situación de necesidad (exigiendo prueba de dicha situación de necesidad por carencia de recursos económicos suficientes). Aunque sea con la brevedad que requiere este estudio, es conveniente al menos señalar cuales han sido los principales hitos en el nacimiento, evolución y configuración del sistema de prestaciones familiares de la Seguridad Social.

En sus orígenes, inicios del siglo XX, el sistema de prestaciones familiares estaba ligado a la condición de asalariado del cabeza de familia. Incluso antes de la aparición de tales subsidios familiares ya se había recurrido para proteger al trabajador frente a sus cargas familiares al concepto de “salario familiar”: algunos patronos pagaban un complemento salarial a aquellos de sus trabajadores con cargas familiares. Dicho complemento salarial, expresión de un acentuado paternalismo empresarial y, obviamente, de carácter voluntario, no tenía encaje alguno en el concepto técnico-jurídico de salario, rompiendo con la sinalagmaticidad propia de la relación laboral (el salario es la contraprestación del trabajo) y siendo difícilmente justificables las diferencias retributivas entre trabajadores que desempeñaban un mismo trabajo en virtud de cuáles fueran sus cargas familiares. Aparecen entonces los subsidios familiares que con distinta denominación (dotaciones, ayudas, socorros, asignaciones, indemnizaciones...) son satisfechos voluntariamente por los empresarios a los trabajadores con cargas familiares y aparecen las técnicas de seguro con la creación de Cajas de Compensación financiadas con las contribuciones que aportaban todas las empresas incluidas en un mismo ámbito funcional y territorial (se sustituía así la acción individual por un seguro mutuo). Finalmente este sistema voluntario de ayuda familiar se convierte en obligatorio por la Ley de 18 de julio de 1938, que establece unas auténticas prestaciones denominadas “subsidios familiares” en las que el asegurado era el trabajador por cuenta ajena, el beneficiario el familiar a cargo (básicamente, el hijo), y la entidad aseguradora el Instituto Nacional de Previsión. Junto con dichos subsidios subsisten unos denominados pluses familiares y otras prestaciones familiares complementarias atribuidas a las mutualidades laborales, subsidios de nupcialidad y de natalidad. Este sistema de subsidios y pluses se unificó con la Ley 1/1962, de 14 de abril, reguladora de la Ayuda Familiar.

Posteriormente, con la Ley 193/1963, de 28 de diciembre de Bases de la Seguridad Social y su Texto Articulado, aprobado por Decreto 907/1966, de 21 de abril, se configura un nuevo modelo de protección familiar que responde a tres principios básicos: unificación y refundición definitiva de los anteriores regímenes de prestaciones familiares (subsidio familiar, plus y prestaciones complementarias del mutualismo laboral) en uno solo; fijación de prestaciones familiares de cuantía fija, con independencia de la situación laboral del beneficiario; y consideración del sujeto protegido al núcleo familiar estricto (cónyuge e hijos). Como resultado, se creó dentro del Régimen General de la Seguridad Social un modelo integrado de prestaciones familiares de contenido económico (artículo 167 del Texto Articulado de 1966; artículo 167 del Texto Refundido de 1974; y Decreto 2945/66, de 24 de noviembre, que fijaba las cuantías de tales prestaciones): una asignación por hijo a cargo menor de 16 años; una asignación por esposa o, en su caso, por el marido a cargo de ella, incapacitado para el trabajo, denominada “prestación de pago periódico por cónyuge a cargo”; una prestación por contraer matrimonio y una prestación por nacimiento de cada hijo. Además, aunque con carácter marginal, dentro de la acción

protectora del sistema de Seguridad Social se incluían “premios nacionales y provinciales de natalidad” que se concedían con carácter anual (Base 11<sup>a</sup>, núm. 47 de la Ley de Bases de la Seguridad Social de 1963; artículo 20. 1.c del Texto Articulado de 1966; artículo 20.1.d del Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social de 1974). De forma complementaria al sistema de Seguridad Social existían otras ayudas a la familia previstas por la Ley 25/1971, de 19 de junio, de Protección de las Familias Numerosas (norma vigente hasta la Ley 40/2003, de 18 de diciembre, de protección a las familias numerosas).

La Constitución Española de 1978, y en particular sus artículos de referencia en la materia que nos ocupa (39 y 41), no altera sustancialmente este sistema de prestaciones familiares de la Seguridad Social. Pero más adelante si tiene lugar una importante reforma normativa en materia de prestaciones familiares mediante la Ley 26/1985, de 31 de julio, de Medidas Urgentes para la Racionalización de la Estructura y la Acción Protectora de la Seguridad Social, con la que *se suprimen todas las prestaciones de protección a la familia, excepto las asignaciones periódicas por hijo a cargo*. Esta reducción y simplificación del sistema de protección familiar se justificó por la necesidad de reforzar el carácter redistributivo del Sistema, reordenando las prestaciones familiares mediante la concentración de la ayuda en las familias con menores ingresos o mayor desprotección. Adicionalmente, el Real Decreto 2364/85, de 18 de diciembre, estableció un “complemento por hijo a cargo en razón de menores ingresos del beneficiario”, que tendrá, a todos los efectos, la misma naturaleza que la asignación periódica por hijo a cargo a la que complementa, considerándose parte integrante de la misma y sometiéndose al régimen jurídico general de ésta. De este modo, el sistema de prestaciones familiares de la Seguridad Social quedó reducida a una única prestación por hijo a cargo, iniciándose con esta reforma un proceso de asistencialización de la protección familiar en la medida en que el verdadero objeto de la protección no era la existencia de un hijo, sino los menores ingresos del “no activo”; con lo cual, la política familiar se convierte en un instrumento de protección social de algunas familias, pero no por sus circunstancias familiares, sino por su carencia de recursos<sup>6</sup>. Este proceso culmina con la Ley 26/1990, de 20 de diciembre, de Prestaciones No Contributivas de la Seguridad Social (LPNC), con la que se crea una nueva modalidad “no contributiva” de la prestación por hijo a cargo que, como su misma Exposición de Motivos reconocía, “alcanzaba a todos aquellos ciudadanos hasta ahora excluidos de ellas por no estar comprendidos en el campo de aplicación de la Seguridad Social” (en cierto modo se “universalizan” las asignaciones económicas por hijo a cargo). Pero esa “universalización” es matizada por la exigencia de un nivel máximo de ingresos para tener derecho a las prestaciones familiares por hijo a cargo sin minusvalía. Con independencia de ello, la LPNC creó dos nuevas prestaciones: la prestación especial por hijo a cargo minusválido y la prestación no económica (esta sí de naturaleza contributiva).

Con el Real Decreto-Ley 1/2000, de 14 de enero, sobre determinadas medidas de mejora de la protección familiar de la Seguridad Social (RDLMPF), se incorporaron al sistema de prestaciones familiares dos prestaciones de pago único: la prestación por nacimiento de tercer o sucesivos hijos; y la prestación por parto múltiple. En palabras de la propia norma, estas prestaciones económicas tenían como finalidad “compensar, en parte, los mayores gastos que se producen por nacimiento de hijo, en los casos de familias con menores recursos, o cuando, de forma simultánea, las familias han de cuidar de varios hijos por el hecho del parto múltiple”.

Tras la reordenación de las prestaciones familiares de la Seguridad Social que tiene lugar con la ley 52/2003, de 10 de diciembre, con la que *se reconoce definitivamente la naturaleza no contributiva de todas las prestaciones familiares de carácter económico*, aparece la norma reglamentaria reguladora de las prestaciones familiares: el Real Decreto 1335/2005, de 11 de noviembre, sobre prestaciones familiares de la Seguridad Social. Posteriormente, y tras algunas modificaciones introducidas por la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las

<sup>6</sup> GARCÍA ROMERO, B., “La protección familiar en el sistema español de Seguridad Social”, *Aranzadi Social*, 2000-V, p.797; e IGLESIAS DE USSEL, J., “La protección de la familia en España”, *Papeles de Economía Española*, núm. 77, 1998, p. 229.

personas en situación de dependencia, y por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, que repercutieron de algún modo en las prestaciones familiares de la Seguridad Social, la Ley 35/2007, de 15 de noviembre, por la que se establece la deducción por nacimiento o adopción en el IRPF y la prestación económica de pago único de la Seguridad Social por nacimiento y adopción (en concreto mediante su Disposición Final 2ª.1) sustituye la anterior prestación por nacimiento y adopción de tercer o sucesivos hijos por una nueva prestación económica de pago único a tanto alzado por nacimiento o adopción de hijo en supuestos de familias numerosas, monoparentales y en los casos de madres discapacitadas. Por otro lado, la misma Ley 35/2007 introduce una sorprendente prestación no contributiva de la Seguridad Social de pago único por nacimiento o adopción de hijo, coloquialmente denominada “cheque-bebé”, de 2.500€ de cuantía, en el supuesto de no cumplir los requisitos para tener derecho a una equivalente deducción fiscal<sup>7</sup>. Dicha prestación fue suprimida por Real Decreto-Ley 8/2010, de 20 de mayo, por el que se adoptan medidas extraordinarias para la reducción del déficit público. Finalmente, el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de Seguridad Social (TRLGSS), ha procedido a reordenar y reenumerar los preceptos reguladores de las prestaciones familiares en su modalidad contributiva (artículos 351 a 362).

### III. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA PROTECCIÓN FAMILIAR DE LA SEGURIDAD SOCIAL

#### 1. MODALIDAD NO CONTRIBUTIVA DE LAS PRESTACIONES FAMILIARES

Como ya se había adelantado, nuestro sistema de Seguridad Social, en su modalidad no contributiva, cuenta con tres prestaciones familiares (artículo 351 TRLGSS)<sup>8</sup>: 1) una asignación económica por hijo o menor acogido a cargo, 2) una prestación económica de pago único por nacimiento o adopción en determinados supuestos, y 3) una prestación económica de pago único por parto o adopción múltiples.

##### A) La asignación económica por hijo o menor acogido a cargo

Esta prestación por hijo o menor acogido a cargo constituye la prestación familiar “clásica” de nuestro sistema de Seguridad Social. De forma sucinta, su régimen jurídico es el siguiente.

a) Sujetos causantes: el hijo menor de 18 años, el hijo mayor de 18 años con grado de discapacidad igual o superior al 65 por 100 y el menor acogido en régimen de acogimiento familiar permanente o guarda con fines de adopción. El TRLGSS no precisa a estos efectos qué entiende por “hijo o menor acogido a cargo”, pero sí lo hace el RD 1335/2005, de 11 de noviembre, por el que se regulan las prestaciones familiares de la Seguridad Social, cuando en su artículo 9 considera *hijo o menor acogido a cargo* a aquél que conviva y dependa económicamente del beneficiario<sup>9</sup>.

<sup>7</sup> Vid. ALMENDROS GONZÁLEZ, M.A., “Una nueva perspectiva en la protección social a la familia (a propósito de la Ley 35/2007)”, *Temas Laborales*, núm. 94, 2008.

<sup>8</sup> Sobre este tema, *vid.* ALMENDROS GONZÁLEZ, M.A.: “Prestaciones familiares en su modalidad no contributiva”, *op. cit.*, páginas 311 a 319.

<sup>9</sup> Por tanto, la definición reglamentaria recurre a dos elementos: “convivencia” y “dependencia económica”. Se entiende, salvo prueba en contrario, que *existe dependencia económica* cuando el hijo o el menor acogido *conviva* con el beneficiario, matizándose que no rompe la convivencia la separación transitoria motivada por razón de estudios, trabajo de los progenitores, adoptantes o acogedores, tratamiento médico, rehabilitación u otras causas similares. Igualmente, el causante no perderá la condición de hijo o de menor acogido a cargo por el mero hecho de realizar un trabajo lucrativo, por cuenta ajena o propia, siempre que continúe conviviendo con el beneficiario de la prestación y que los ingresos percibidos por aquél en concepto de rendimientos del trabajo no superen el 100 por 100 del Salario Mínimo Interprofesional (SMI) vigente en cada momento, en cómputo anual. En sentido contrario, se considera que el hijo o el menor acogido *no está a cargo* del beneficiario, tanto, obviamente, si las rentas percibidas por su trabajo o por una prestación sustitutiva del salario superan dicha cuantía anual del SMI, como cuando sea receptor de una pensión

(...)

b) Sujetos beneficiarios: los progenitores, adoptantes y acogedores<sup>10</sup> que cumplan los requisitos exigidos por el artículo 352.1 TRLGSS:

- Que residan legalmente en territorio español. En relación con esto hay que tener en cuenta que se considera cumplida esta condición en el supuesto de trabajadores trasladados por su empresa fuera del territorio español, que se encuentren en situación asimilada a la de alta y coticen en el correspondiente régimen de Seguridad Social español. Igualmente, no se considerará interrumpida la residencia por las ausencias del territorio español inferiores a 90 días a lo largo de cada año natural, ni cuando la ausencia esté motivada por causas de enfermedad debidamente justificadas.
- Que tengan a su cargo hijos (menores de 18 años o mayores afectados por una discapacidad en un grado igual o superior al 65 por ciento) o menores en régimen de acogimiento permanente o guarda con fines de adopción, que sean también residentes en territorio español. Se considera cumplido este requisito respecto de los hijos o menores acogidos que acompañen en sus desplazamientos a los trabajadores trasladados por su empresa fuera del territorio nacional.
- Que no perciban ingresos anuales de cualquier naturaleza superiores a 11.953,94€ (límite de ingresos anuales que se actualizará anualmente en la Ley de Presupuestos Generales del Estado)<sup>11</sup>. Dicha cuantía se incrementa en un 15 por 100 por cada hijo o menor acogido a cargo, a partir del segundo, incluido éste. Para personas que forman parte de familias numerosas existen límites de ingresos anuales específicos (17.991,42€, incrementándose en 2.914,12€ por cada hijo a cargo a partir del cuarto). Por otro lado, con carácter excepcional, y tal y como se verá al referirnos a las cuantías de esta prestación, también podrían ser beneficiarios los progenitores, adoptantes o acogedores que perciban ingresos anuales que, aunque supere el correspondiente límite, sean inferiores a la cuantía que resulte de sumar a dicha cifra el producto de multiplicar el importe anual de la asignación por hijo o menor acogido por el número de hijos o menores acogidos a cargo de los beneficiarios. Esta regla tiene por objeto “suavizar” el establecimiento de un estricto límite de ingresos en situaciones “fronterizas” y reconocer también la condición de beneficiario a aquellos que superan por poco dicho límite. Con este requisito se prueba la situación de necesidad que justifica esta prestación familiar no contributiva<sup>12</sup>. No obstante, como excepción, no se exige límite de ingresos para el reconocimiento de la

---

contributiva, a cargo de un régimen público de protección social español o extranjero (que no sea la pensión de orfandad o la pensión en favor de familiares de nietos y hermanos).

<sup>10</sup> Con carácter excepcional encontramos otros posibles sujetos beneficiarios (artículo 352.2 TRLGSS): 1) los *huérfanos de ambos progenitores o adoptantes* menores de 18 años o mayores con discapacidad en un grado igual o superior al 65 por 100; 2) los menores de 18 años o mayores con discapacidad en un grado igual o superior al 65 por 100 que, sin ser huérfanos, hayan sido *abandonados* por sus progenitores o adoptantes (siempre que no se encuentren en régimen de acogimiento familiar permanente o guarda con fines de adopción); y 3) los hijos con discapacidad mayores de 18 años que no hayan sido incapacitados judicialmente y conserven su capacidad de obrar (lo que se presume cuando no se acredite dicha incapacidad judicial). En todos estos supuestos especiales, sujeto causante y sujeto beneficiario coinciden. A los sujetos causantes se les reconoce el derecho a la asignación económica que precisamente, en razón de ellos mismos, hubiera correspondido a sus progenitores o adoptantes.

<sup>11</sup> Actualmente está fijado por la Disposición Adicional 46ª (Prestaciones familiares de la Seguridad Social) de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018. Además este precepto, actualiza las cuantías de las prestaciones por hijo a cargo mayor de 18 años afectado por un grado de discapacidad en un grado igual o superior al 65 por 100 y afectado por una discapacidad en un grado igual o superior al 75 por 100 y que necesite el concurso de otra persona para realizar los actos más esenciales de la vida, a las que nos referiremos a continuación.

<sup>12</sup> Para calcular la cuantía de tales ingresos anuales se tendrán en cuenta los obtenidos por los beneficiarios durante el ejercicio anterior a la fecha de presentación de la solicitud de la asignación económica por hijo o menor acogido a cargo (y puesto que se trata de una asignación periódica en la que debe comprobarse si se mantiene el requisito de la insuficiencia de recursos económicos, se tiene que presentar dentro del primer trimestre de cada año una declaración expresiva de los ingresos habidos durante el año anterior).



condición de beneficiario de la asignación por hijo o menor acogido a cargo con discapacidad. De este modo, la discapacidad del sujeto causante eximiría al sujeto beneficiario del cumplimiento de este requisito de no percibir ingresos anuales superiores al límite establecido.

- Que no tengan derecho a prestaciones de esta misma naturaleza en cualquier otro régimen público de protección social. Cuando los beneficiarios puedan tener derecho a la misma prestación por un mismo sujeto causante en varios regímenes públicos de protección social, deberán optar por uno de ellos.

En cualquier caso, solo un sujeto beneficiario tendría derecho a la asignación económica por un mismo hijo o menor acogido a cargo. Por ello para los supuestos en que en ambos progenitores o adoptantes (o en su caso quienes tuviesen acogido al menor) concurrieran los requisitos exigidos para ser beneficiario, están previstas unas reglas específicas para la determinación del beneficiario al que efectivamente se le reconoce el derecho a la correspondiente prestación (artículo 11 RD 1335/2005).

c) Cuantías. La cuantía de la asignación por hijo o menor acogido a cargo va a ser mayor o menor según el caso en el que nos encontremos, en función de la edad del hijo o menor a cargo (que sea menor o mayor de 18 años) y en función de su condición o no de discapacitado, y en su caso, del grado de discapacidad. En particular, se distinguen cuatro cuantías según sea el sujeto causante (artículo 353 TRLGSS):

- Hijos o menores acogidos menores de 18 sin discapacidad: 291€ anuales (24,25€ mensuales). No obstante, como ya adelantamos, en el caso de que los ingresos del beneficiario sobrepasen “en poco” el límite de ingresos anuales establecido como requisito para tener derecho a la misma, se reconocería una “cuantía por diferencias” resultante de la reducción proporcional de la misma en lo que se excede de dicho límite de ingresos, obteniendo así una cuantía inferior y variable (*vid.* artículo 13 RD 1335/2005). La exigua cuantía de esta asignación económica por hijo menor de 18 años no discapacitado, con independencia de las críticas que haya podido recibir<sup>13</sup> o de los argumentos a favor justificados en base a la necesidad de recortar el gasto público, demuestra el carácter marginal, meramente testimonial, de esta asignación dentro del sistema de prestaciones familiares de carácter no contributivo.
- Hijos o menores acogidos menores de 18 años con un grado de discapacidad igual o superior al 33 por 100: 1.000€ anuales por hijo (250€ trimestrales). De esta forma, la cuantía de la asignación por hijo o menor acogido a cargo menor de 18 años se “dignifica” algo cuando se introduce la variable “discapacidad”.
- Hijos mayores de 18 años y con un grado de discapacidad igual o superior al 65 por 100: 4.561,20€ anuales por hijo (380,10€ mensuales)<sup>14</sup>.
- Hijos mayores de 18 años, con un grado de discapacidad igual o superior al 75 por 100, y que, como consecuencia de pérdidas anatómicas o funcionales, necesiten el concurso de otra persona para realizar los actos vitales más elementales como vestirse, desplazarse, comer o análogos (situación de dependencia): 6.842,40€ anuales por hijo (570,20€ mensuales). Especialmente en relación con este supuesto cabe plantearse si la situación protegida por esta asignación económica es verdaderamente una carga familiar o es más bien la situación de dependencia en la que se encuentra el sujeto causante por discapacidad, confundiendo las naturalezas de prestación familiar y prestación por dependencia.

<sup>13</sup> *Vid.*, ALMENDROS GONZÁLEZ, M.A., *La protección social de la familia*, *op. cit.*, páginas 380 a383.

<sup>14</sup> Esta cuantía, al igual que sucede con la del siguiente supuesto, ha sido establecida por el TRLGSS, pero tiene prevista su actualización periódica a través de las Leyes de Presupuestos Generales del Estado.

No obstante hay que recordar que en los tres supuestos en los que el hijo a cargo tiene la condición de persona con discapacidad, al no exigirse en tal caso límite máximo de ingresos anuales, el beneficiario tiene derecho a la correspondiente asignación económica con independencia de su situación económica y de la suficiencia o no de recursos económicos

Tabla 1. Beneficiarios e importe de las prestaciones familiares periódicas por hijo a cargo (2017)

	Beneficiarios 2016	Beneficiarios 2017	Importe Miles de euros 2016	Importe Miles de euros 2017
Prestación periódica por hijo o menor acogido a cargo	1.049.684	1.055.475	1.450.215,43	1.474.715,03
Hijos o menores acogidos menores de 18 años (1)	864.661	866.841	471.028,67	474.396,12
Hijos mayores de 18 años (2)	185.023	188.634	979.189,75	1.000.318,91

(1) Sin discapacidad o con discapacidad en grado igual o superior al 33 por 100

(2) Con discapacidad en grado igual o superior al 65 por 100 o al 75 por 100

Fuente: <http://www.empleo.gob.es/es/estadisticas/anuarios/2017/PRF/PRF.pdf>

d) Dinámica de la asignación económica por hijo o menor acogido a cargo: la gestión y el reconocimiento del derecho a la asignación por hijo o menor acogido a cargo corresponden al INSS. La asignación económica por hijo o menor acogido a cargo se extinguirá por fallecimiento del sujeto causante (en cambio, si el que fallece es el beneficiario, la titularidad del derecho pasaría al progenitor, adoptante o acogedor sobreviviente, si reúne todos los requisitos para ello); el cumplimiento de la edad de 18 años (obviamente, salvo cuando se trate de causante mayor de dicha edad afecto de una discapacidad igual o superior al 65 por 100); la desaparición o supresión de la discapacidad por mejoría del causante; el cese de la dependencia económica del causante respecto al beneficiario; y la superación, en el año anterior, de los límites de ingresos legalmente establecidos para el mantenimiento del derecho.

B) La prestación económica por nacimiento o adopción de hijo en supuestos de familias numerosas, monoparentales y de madres con discapacidad

Esta prestación económica de pago único a tanto alzado, introducida por la Ley 35/2007, de 15 de noviembre, por la que se establece la deducción por nacimiento o adopción en el IRPF y la prestación económica de pago único de la Seguridad Social por nacimiento y adopción, sustitutiva de la anterior prestación económica por nacimiento o adopción de tercer o sucesivos hijos, está actualmente regulada en el artículo 357 TRLGSS y se reconoce por el nacimiento o adopción de hijo (no está prevista para supuestos de acogimiento) en tres casos:

1) En familias numerosas o que, con tal motivo, adquieran dicha condición. Para la consideración de *familia numerosa* se estará a lo establecido en la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de protección a las familias numerosas (LPFN), cuyo artículo 2, con carácter general, entiende por familia numerosa a la *integrada por uno o dos ascendientes con tres o más hijos, sean o no comunes*<sup>15</sup>.

2) En familias monoparentales. Se entiende por *familia monoparental*, la constituida por un “sólo progenitor” con el que convive el hijo nacido o adoptado y que es el único sustentador de la familia. Según el Informe del Instituto de Política Familiar sobre *La evolución de la familia en España*

<sup>15</sup> No obstante, se consideran igualmente familias numerosas las integradas, entre otros casos, y sin ánimo de ser exhaustivos, por uno o dos ascendientes con dos hijos, sean o no comunes, siempre que al menos uno de éstos sea discapacitado o esté incapacitado para trabajar; por dos ascendientes, cuando ambos fueran discapacitados, o al menos uno de ellos tuviera un grado de discapacidad igual o superior al 65 por 100, o estuvieran incapacitados para trabajar, con dos hijos, sean o no comunes; o por el padre o la madre separados o divorciados, con tres o más hijos, sean o no comunes, aunque estén en distintas unidades familiares, siempre que se encuentren bajo su dependencia económica, aunque no vivan en el domicilio conyugal. En cualquier caso, el artículo 2.4 de la LPFN (redactado conforme a la Disposición Final 5ª de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia) establece que a efectos de calificación como familia numerosa, tendrán la misma consideración que los hijos las personas sometidas a tutela o acogimiento familiar permanente o preadoptivo legalmente constituido.

2016, la mayoría de las familias monoparentales (el 87 por 100, casi 9 de cada 10) son madres con hijos y solo el 13 por 100 son padres con hijos.

3) En los casos de madres con un grado de discapacidad igual o superior al 65 por 100.

Los datos de 2014 que ofrece el Plan Integral de Apoyo a la Familia (2015-2017), aprobado por Acuerdo de Consejo de Ministros de 14 de mayo de 2015 (en adelante, PIAF), ponían de manifiesto que el número de familias numerosas legalmente reconocidas en España era de 562.499 (la mayoría, el 89,73 por 100, de categoría general), el de familias monoparentales era de 1.750.000, y el número de personas con la condición legal de discapacidad era en 2013 de 2.564.893.

Esta prestación económica por nacimiento o adopción de hijo en familias con necesidades especiales cuenta con el siguiente régimen jurídico:

a) Sujeto causante. Siendo la situación protegida el hecho individualizado del nacimiento o la adopción que tiene lugar en determinadas familias que acrediten insuficiencia de recursos económicos, sujetos causantes serán los hijos nacidos o adoptados en una familia numerosa o que, como decíamos, con tal motivo, adquiera dicha condición, en una familia monoparental o en los supuestos de madres con un grado de discapacidad igual o superior al 65 por 100, siempre que, además de no superar el límite de ingresos anuales que se fije, el nacimiento se haya producido en territorio español o la adopción se haya constituido o reconocido por autoridad española competente.

b) Sujetos beneficiarios: los progenitores y adoptantes en caso de familias numerosas, monoparentales y de madres con discapacidad que cumplan los siguientes requisitos de entre los que exige el artículo 352.1 TRLGSS:

- Que residan legalmente en territorio español. Son aplicables aquí las mismas consideraciones que hacíamos respecto a este requisito en relación con la asignación económica por hijo o menor acogido a cargo.
- Que no perciban ingresos anuales de cualquier naturaleza superiores a 11.953,94€ anuales (límite de ingresos anuales que se actualizarán mediante las Leyes de Presupuestos Generales del Estado), o los límites de ingresos anuales incrementados por cada hijo adicional o específicos para familias numerosas. Por tanto, es la carga económica que supone la incorporación de un nuevo miembro a la familia la que justifica esta prestación familiar. Hay determinadas casos (familia numerosa, familia monoparental, madre discapacitada) en los que por insuficiencia de recursos económicos nos podemos encontrar ante una situación de necesidad. Dado el carácter no contributivo de esta prestación, la prestación exige que el beneficiario acredite la insuficiencia de recursos económicos. No obstante, y tal y como ya se comentó también respecto de la asignación económica por hijo o menor acogido a cargo, en este caso se admite excepcionalmente el reconocimiento de la prestación a progenitores o adoptantes que perciban ingresos anuales “ligeramente” superiores al límite de ingresos establecido como requisito para ser beneficiario (eso sí, siempre y cuando sean inferiores a la cuantía resultante de sumar a dicha cifra el importe de esta prestación de pago único por nacimiento o adopción de hijo, como veremos, de 1.000€). Por ello, se puede decir que este límite de ingresos anuales exigido para poder ser beneficiario es hasta cierto punto flexible.
- Que no tengan derecho a prestaciones de esta misma naturaleza en cualquier otro régimen público de protección social. En cambio, esta prestación económica por nacimiento o adopción de hijos en los supuestos de familia numerosa, familia monoparental y madre discapacitada son compatibles con otras prestaciones y ayudas económicas, como la prestación por parto o adopción múltiple y el correspondiente subsidio especial de maternidad por parto múltiple que pudiera causar el mismo sujeto, las asignaciones económicas por hijo o menor acogido a cargo, la pensión de orfandad y a favor de nietos y hermanos que en su caso

podrían corresponder, y otras ayudas económicas análogas que pudieran conceder administraciones autonómicas o locales.

Puesto que sólo puede haber un beneficiario por hijo causante, están previstas reglas específicas (artículo 21 del RD 1335/2005) para determinar el beneficiario cuando concurren en ambos progenitores o adoptantes las circunstancias necesarias para tener la condición de beneficiarios<sup>16</sup>. Así, el derecho a percibir la prestación sólo podrá ser reconocido en favor de uno de ellos.

c) Cuantía: un pago único de 1.000€. No obstante, y de forma idéntica a lo que ocurre con la asignación por hijo o menor acogido a cargo, existe la posibilidad de que la cuantía resultante de esta prestación sea una cuantía inferior si los ingresos anuales percibidos por el beneficiario superan el límite establecido pero son inferiores al importe conjunto que resulte de sumar a dicho límite el importe de la prestación. En tal caso la cuantía a abonar sería igual a la diferencia entre los ingresos percibidos por el beneficiario y el indicado importe conjunto (“cuantía por diferencias”).

d) Dinámica de la prestación económica por nacimiento o adopción de hijo. Como regla general, la gestión y reconocimiento de esta prestación económica de pago único por nacimiento o adopción de hijo corresponde al INSS conforme a las mismas reglas que la asignación económica por hijo o menor acogido a cargo. No obstante, el aplicar el mismo procedimiento a prestaciones que tienen distinta naturaleza (pues una es una prestación económica de pago periódico y la otra una prestación económica de pago único), genera ciertas disfuncionalidades, tanto respecto del nacimiento del derecho<sup>17</sup> como respecto de las reglas sobre modificación y extinción del derecho a esta prestación, pues tratándose ahora de una prestación de pago único carecen de sentido las mismas, siendo igualmente irrelevantes posteriores variaciones de los ingresos anuales computables.

### C) La prestación económica por parto o adopción múltiple

Esta prestación, que es regulada en el artículo 359 TRLGSS, tiene por finalidad compensar por el exceso de gastos que supone en una familia un nacimiento o adopción múltiple (tampoco aquí se tienen en cuenta los supuestos de acogimiento). Al menos en el caso de parto múltiple, se trata de un acontecimiento que depende del azar, y por tanto, en el que poco o nada interviene la voluntad de los padres. De ahí que difícilmente se le pueda reconocer que tenga como finalidad incentivar la natalidad; mas bien tiene una naturaleza compensatoria por los gastos extraordinarios que supone.

a) Sujetos causantes: los hijos nacidos o adoptados en caso de parto o adopción múltiples (considerando tales los casos en los que el número de nacidos o adoptados sea igual o superior a dos), que hayan tenido lugar en España<sup>18</sup>.

b) Sujetos beneficiarios: las personas, padre o madre o, en su defecto, quien reglamentariamente se establezca (cosa que no hace el RD 1335/2005), que cumplan únicamente dos de los requisitos que exige el artículo 352 TRLGSS: (1) residencia legal en territorio español y (2) que no tengan derecho, ni el padre ni la madre, a prestaciones de esta misma naturaleza en

<sup>16</sup> Conforme a tales reglas, la determinación del sujeto beneficiario es mucho más sencilla en los supuestos de *familias monoparentales* (será beneficiario el progenitor con el que convive el hijo nacido o adoptado) y de *madres con discapacidad* (será beneficiaria la misma, siempre que acredite una discapacidad igual o superior al 65 por 100).

<sup>17</sup> Así, la naturaleza periódica de la asignación por hijo o menor acogido a cargo justifica que no esté previsto un plazo concreto de solicitud, surtiendo, simplemente, efecto las prestaciones a partir del día primero del trimestre natural en que se presenta la solicitud. Pero en cambio provoca ciertos problemas en el caso de la prestación por nacimiento o adopción de hijo. Como solución, se recurre al plazo general de prescripción del reconocimiento de prestaciones del artículo 53.1 TRLGSS, conforme al cual el derecho al reconocimiento de la prestación prescribe a los 5 años contados desde el día siguiente a aquel en que se produce el hecho causante, en este caso, el nacimiento o adopción de hijo.

<sup>18</sup> Sin embargo, esta regla general de territorialidad admite una excepción (artículo 24 RD 1335/2005): podrán dar derecho a la misma los nacimientos múltiples producidos en el extranjero o las adopciones formalizadas en el extranjero, cuando se acredite que los hijos se han integrado “de manera inmediata en un núcleo familiar con residencia en territorio español”.

cualquier régimen público de protección social. En relación con esto último, hay que destacar la compatibilidad de esta prestación, además de con las otras dos prestaciones familiares no contributivas, con el *subsidio especial por parto múltiple*, previsto como complemento a la prestación económica por maternidad cuando tiene lugar un nacimiento múltiple. Por otro lado también es de subrayar que esta prestación económica de pago único por parto o adopción múltiples no está supeditada a un límite máximo de ingresos de los beneficiarios: el no exigirse una situación de necesidad derivada de la insuficiencia de recursos económicos la convierte en la única de las prestaciones familiares no contributivas de la Seguridad Social de carácter “universal”<sup>19</sup>.

c) Cuantía. Depende del número de hijos nacidos o adoptados en el parto o adopción múltiples (artículo 360 TRLGSS): en caso de 2 hijos se percibe una cantidad equivalente a 4 veces la cuantía del SMI vigente (en cómputo mensual); en caso de 3 hijos, 8 veces el SMI; y en caso de 4 o más hijos nacidos, 12 veces el SMI. Recurrir a una regla de determinación de la cuantía de la prestación que toma como referencia el SMI mensual vigente facilita la revisión y actualización de las cuantías.

d) Dinámica de la prestación: la misma que las anteriores prestaciones familiares no contributivas. Por tanto, la gestión y reconocimiento de esta prestación económica de pago único por parto o adopción múltiple corresponde al INSS. Ahora son también predicables las consideraciones que hacíamos respecto de la prestación por nacimiento o adopción de hijo sobre las dificultades que encontramos para aplicar las reglas comunes establecidas para el nacimiento, modificación y extinción de prestaciones familiares no contributivas a una prestación de pago único.

Tabla 2. Beneficiarios e importe de las prestaciones familiares de pago único (2017)

	Beneficiarios 2016	Beneficiarios 2017	Importe Miles de euros 2016	Importe Miles de euros 2017
Prestación por nacimiento o adopción de hijo	26.927	19.923	27.771,88 <sup>(*)</sup>	26.907,89 <sup>(*)</sup>
- Por familia numerosa	20.000	19.923	20.000	19.923
- Por familia monoparental	6.644	6.015	6.644	6.015
- Por familia con madre discapacitada	283	243	283	243
Prestación por parto o adopción múltiple	7.928	7.368	20.897,10	21.052,78

(\*) El importe total puede diferir de la suma de los importes de cada supuesto porque puede recoger conceptos adicionales, como pago de intereses o atrasos establecidos en procesos judiciales

Fuente: <http://www.empleo.gob.es/es/estadisticas/anuarios/2017/PRF/PRF.pdf>

## 2. MODALIDAD CONTRIBUTIVA DE LAS PRESTACIONES FAMILIARES

En su modalidad contributiva, y bajo la rúbrica “Protección a la familia”<sup>20</sup>, contempla nuestro sistema de Seguridad Social unas medidas protectoras que, a diferencia de las prestaciones familiares no contributivas que sí que tienen por objeto compensar por los gastos generados a la familia (por las “cargas familiares” en sentido estricto), consisten básicamente en una ficción jurídica con la que se pretende que la carrera de seguro del beneficiario no se vea perjudicada por la atención de responsabilidades familiares, y en concreto, mediante la consideración como

<sup>19</sup> En principio no hay nada que objetar, todo lo contrario. Pero sí que, como defendíamos en ALMENDROS GONZÁLEZ, M.A.: *La protección social de la familia, op. cit.*, páginas 185 y 187 a 188, hubiera sido conveniente al menos diferenciar las cuantías de la prestación económica de pago único por parto o adopción múltiples en función del nivel de renta de la familia.

<sup>20</sup> La nomenclatura de este capítulo ha sido criticada por pretender una regulación completa e integral de todas las medidas de protección a la familia que contempla el sistema de Seguridad Social, cuando realmente no es así. En este sentido, LUJÁN ALCARÁZ, J.: “Prestaciones familiares en su modalidad contributiva”, en VV.AA. (dirs. J.L. Monereo Pérez y G. Rodríguez Iniesta): *Tratado de Derecho de la Seguridad Social, Tomo II*, Laborum, Murcia, 2017, página 179, considera su contenido de carácter limitado y residual, puesto que además de las mismas prestaciones familiares no contributivas quedan fuera de dicho capítulo titulado “protección a la familia” otras prestaciones de naturaleza, finalidad y contenido análogos a los de las prestaciones sí cobijadas bajo su rúbrica, como sucede, por ejemplo, con la prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave (artículos 190 a 192 TRLGSS).

efectivamente cotizados de ciertos períodos de tiempo en los que la relación de aseguramiento no existe o ha quedado suspendida o en los que la cotización se ha visto disminuida, por tres circunstancias que afectan a la relación laboral o funcional<sup>21</sup>: (1) parto, (2) cuidado de hijos o menores, y (3) excedencias o reducciones de jornada por motivos familiares.

#### A) Cómputo de períodos de cotización asimilados al parto

Un escueto artículo 235 TRLGSS reconoce el derecho de la mujer trabajadora que solicita pensión de jubilación o de incapacidad permanente a añadir al total de días efectivamente cotizados un número adicional de días completos de cotización: 112 días por parto (y en caso de parto múltiple, 14 días más por cada hijo a partir del segundo, éste incluido). Con ello, desde una óptica también natalista, se pretende facilitar la propia función procreadora y la conciliación de la vida familiar y laboral de la “trabajadora-madre” al compensarle por la función reproductora con días adicionales de cotización a los efectivamente cotizados a efectos de jubilación o incapacidad permanente.

#### B) Beneficios por cuidado de hijos o menores

Con la misma finalidad que la anterior, el artículo 236 TRLGSS considera como periodo cotizado a todos los efectos (excepto para el cumplimiento del período mínimo de cotización exigido) los períodos de interrupción real de la cotización a causa de la extinción de la relación laboral o de la finalización del cobro de prestaciones por desempleo cuando tales circunstancias se hayan producido entre los 9 meses anteriores al nacimiento o los 3 meses anteriores a la adopción o acogimiento permanente de un menor, y la finalización del sexto año posterior a dicha situación. No obstante, el período computable como cotizado será como máximo de 270 días por hijo o menor adoptado o acogido, sin que en ningún caso pueda ser superior a la interrupción real de la cotización. Tales beneficios por cuidado de hijos o menores solo se reconocerán a uno de los progenitores, siendo preferente la madre en caso de controversia.

#### C) Consideración de situaciones de excedencia y reducción de jornada por circunstancias familiares como período de cotización

Por último, el artículo 237 TRLGSS, bajo una única denominación de “prestación familiar en su modalidad contributiva” regula determinados supuestos que, siguiendo la técnica de la ficción jurídica, considera como períodos de cotización efectiva determinadas situaciones de excedencia y reducción de jornada por circunstancias familiares “a efectos de las correspondientes prestaciones de la Seguridad Social por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad”<sup>22</sup>.

##### a) Excedencia por cuidado de hijos

Los períodos de hasta tres años de excedencia por cuidado de hijos que para los trabajadores reconoce el artículo 46.3 TRET en razón del cuidado de cada hijo o menor en régimen de acogimiento permanente o de guarda con fines de adopción (teniendo como efecto la suspensión del contrato de trabajo durante la misma). Ante la posibilidad de que estos períodos de excedencia

<sup>21</sup> *Ibid.*, página 179, matiza que en cuanto a la subordinación de las prestaciones de protección familiar a la regulación laboral o funcional del supuesto de hecho “debe quedar claro que la contingencia protegida no es un indeterminado estado de necesidad de la familia, sino unas concretas y ciertas situaciones de riesgo para la carrera de seguro de los trabajadores consecuencia, en la mayoría de ellos, de la novación de su relación de trabajo, privada o pública, en orden a la conciliación de su vida personal, familiar y laboral”.

<sup>22</sup> El artículo 6 del RD 1335/2005 (“Alcance de la consideración como período de cotización efectiva”) aclara que la consideración como período de cotización efectiva surtirá efectos “tanto para cobertura del período mínimo de cotización como para la determinación de la base reguladora y del porcentaje aplicable, en su caso, para el cálculo de la cuantía de aquellas”. Además, los beneficiarios se consideraran en situación de alta y mantendrán el derecho a la prestación de asistencia sanitaria de la Seguridad Social.

por cuidado de hijos hubieran estado precedidos por una reducción de jornada por motivos familiares (a la que nos referiremos a continuación), el artículo 237.4 TRLGSS reconoce que a efectos de la consideración como cotizados de los períodos de excedencia que correspondan, las cotizaciones realizadas durante el período previo de reducción de jornada 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<sup>23</sup>.

### *b) Excedencia por cuidado de familiares*

El primer año del período de excedencia por cuidado de familiares, igualmente reconocido para los trabajadores por el artículo 46.3 TRET en razón del cuidado de otros familiares (hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad) que, por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad, no puedan valerse por sí mismos (y siempre y cuando no desempeñen una actividad retribuida). Por otro lado, y del mismo modo que sucede en el caso de la excedencia por cuidado de hijos, el artículo 237.4 TRLGSS también reconoce que, a efectos de la consideración como cotizados de los períodos de excedencia por cuidado de familiares, en el caso de que la misma hubiera estado precedida por una previa reducción de jornada las cotizaciones realizadas se computarán incrementadas hasta el 100 por 100 de la cuantía que hubiera correspondido si se hubiera mantenido la jornada de trabajo sin dicha reducción.

### *c) Reducciones de jornada por motivos familiares*

Esta prestación familiar en su modalidad contributiva adquiere naturaleza de “complemento de cotización”, hasta alcanzar el 100 por 100, que se añade a la “cotización reducida” correspondiente a los supuestos en los que el trabajador reduzca su jornada de trabajo por las siguientes circunstancias familiares:

- Reducción de jornada por razones de guarda legal para el cuidado directo de menor de 12 años o persona con discapacidad (artículo 37.6 TRET, apartado 1º).
- Reducción de jornada por cuidado directo de familiar que no pueda valerse por sí mismo por razones de edad, accidente o enfermedad (artículo 37.6 TRET, apartado 2º).
- Reducción de jornada por cuidado de menor a cargo con cáncer o enfermedad grave durante su hospitalización y tratamiento continuado (artículo 37.6 TRET, apartado 3º).

De este modo, en tales situaciones de reducción de jornada la cotizaciones se computarán incrementadas hasta el 100 por 100 de la cuantía que hubiera correspondido si se hubiera mantenido la jornada de trabajo sin dicha reducción, aunque en estos casos, además de a los consabidos efectos de las correspondientes prestaciones de la Seguridad Social por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad, se añade también a efectos de las prestaciones por “riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural e incapacidad temporal”.

## **3. OTRAS PRESTACIONES DE LA SEGURIDAD SOCIAL DE PROTECCIÓN A LA FAMILIA: PRESTACIONES FAMILIARES “IMPROPIAS” O “INDIRECTAS”**

Además de las prestaciones familiares en sentido estricto encontramos otras prestaciones de la Seguridad Social que protegen frente a otras contingencias pero que toman en consideración el

<sup>23</sup> La importancia de esta previsión adicional para el supuesto de excedencia por cuidado de hijo (y también para el siguiente, excedencia por cuidado de familiares) es aún más patente si tenemos en cuenta que el artículo 7 RD 2335/2005 recuerda que la base de cotización a considerar durante ese período de cotización efectiva “estará constituida por el promedio de las bases de cotización del beneficiario correspondientes a los 6 meses inmediatamente anteriores al inicio del período de excedencia”. Y si el beneficiario no tuviera acreditados tales meses de cotización “se computará el promedio de las bases de cotización correspondientes al período inmediatamente anterior al inicio de la excedencia, que resulten acreditadas”.

hecho familiar y las circunstancias familiares del asegurado. Con la brevedad que requiere este estudio, hacemos referencia a tales prestaciones familiares impropias:

- Prestación por maternidad (artículos 177-182 TRLGSS). El subsidio por maternidad compensa al padre o madre por la pérdida de ingresos durante la suspensión de su relación de trabajo por parto, adopción o guarda con fines de adopción y acogimiento. La duración será de 16 semanas (ampliables en 2 semanas más por cada hijo adicional), de las cuales en caso de parte 6 semanas serán disfrutadas en todo caso por la madre. Dicha prestación consistirá en el 100 por 100 de la Base Reguladora correspondiente. Existen numerosas reglas que regulan con detalle esta prestación tanto en la normativa de seguridad social como en la laboral (artículo 48.4 ET). También está previsto un subsidio especial y complementario por parto, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento múltiple.
- Prestación por paternidad (artículos 183-185 TRLGSS). El subsidio por paternidad que recibe el trabajador (que cumpla los correspondientes requisitos de cotización) durante el período de descanso por paternidad de 4 semanas ininterrumpidas (ampliables en 2 días más por cada hijo a partir del segundo en caso de nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento múltiples) consistirá en el 100 por 100 de la Base Reguladora (la misma que para IT derivada de contingencias profesionales).
- Prestaciones por riesgo durante el embarazo (artículos 186-187 TRLGSS) y por riesgo durante la lactancia natural (artículos 188-189 TRLGSS), que tienen como finalidad compensar a la trabajadora por la pérdida de ingresos derivada de la suspensión de su relación de trabajo por tales motivos, cuando, con el objeto de garantizar su derecho a la salud y seguridad en el trabajo y respetando la normativa de prevención de riesgos laborales, no es posible seguir desempeñando su actividad profesional de forma segura y exenta de riesgos que puedan afectar a la viabilidad del embarazo, al feto o a la lactancia natural (artículo 26 LPRL).
- Prestación por cuidado de menores que se encuentren afectados por cáncer o cualquier otra enfermedad grave (artículos 190-192 TRLGSS). Esta prestación, que se introdujo en nuestro ordenamiento jurídico en 2011, consiste en una prestación en metálico, un subsidio equivalente al 100 por 100 de la base reguladora establecida para la prestación de incapacidad temporal derivada de contingencias profesionales, proporcional a la reducción de la jornada del trabajador o trabajadora (de al menos el 50 por 100 de la misma) que tiene por objeto atender al hijo menor hospitalizado por cáncer o enfermedad grave.
- Prestaciones por desempleo. La existencia de hijos a cargo influye en los topes máximos y mínimos de la prestación contributiva (artículo 270.4 TRLGSS). Además, serán beneficiarios del subsidio por desempleo de nivel asistencial, entre otros, los demandantes de empleo a los que se les haya agotado la prestación por desempleo y tengan responsabilidades familiares (artículo 274 TRLGSS). También afectan tales cargas familiares a las duraciones del subsidio (artículo 277 TRLGSS). A tales efectos se entienden por “responsabilidades familiares” la existencia de cónyuge, hijos menores de 26 años o mayores con discapacidad, o menores de 18 años acogidos, que dependan económicamente del beneficiario y los ingresos de la unidad familiar no superen en cómputo mensual el 75 por 100 del SMI (artículo 275.3 TRLGSS).
- Prestaciones por muerte y supervivencia. En particular, la pensión de viudedad se concede al cónyuge superviviente (acogiendo excepcionalmente también otras situaciones, como la de parejas de hecho inscritas registralmente o como la de cónyuges separados judicialmente o divorciados que no hubieran contraído matrimonio o constituido pareja de hecho) cuando el causante de la pensión cumpla



con los requisitos legales de afiliación, alta y cotización. Y también la pensión de orfandad correspondiente a los hijos del causante o del cónyuge superviviente, con carácter general, menores de 21 años o mayores que tengan reducida su capacidad de trabajo en un porcentaje valorado en grado de incapacidad permanente, absoluta o gran invalidez.

#### 4. EL “SISTEMA PRIVADO” DE PROTECCIÓN A LA FAMILIA: ACCIÓN SOCIAL Y MEJORAS VOLUNTARIAS EN LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

Fuera del sistema de Seguridad Social, pero en muchos casos con carácter complementario a sus prestaciones familiares, encontramos ayudas específicas previstas para trabajadores con cargas familiares. El artículo 85.1 del TRET dispone que dentro del respeto a las leyes, los convenios colectivos podrán regular materias de índole económica, laboral, sindical y, en general, cuantas otras afecten a las condiciones de empleo y al ámbito de relaciones de los trabajadores y sus organizaciones representativas con el empresario y las organizaciones empresariales. Por su parte, el artículo 10 de la Ley 40/2003, de 18 de diciembre, de Protección a las Familias Numerosas, dispone que los convenios colectivos podrán incluir medidas para la protección de los trabajadores cuya familia tenga la consideración legal de familia numerosa, en particular, en materia de acción social. Finalmente, tanto el artículo 43 del TRLGSS<sup>24</sup>, que reconoce que la modalidad contributiva de la acción protectora del sistema de la Seguridad Social podrá ser mejorada voluntariamente, como el artículo 82.3 del TRET que menciona como posible contenido de los convenios colectivos las “mejoras voluntarias de la acción protectora de la Seguridad Social”.

La negociación colectiva contempla un variado y heterogéneo elenco de ayudas a la familia<sup>25</sup>. Así, encontramos Premios por matrimonio y constitución de pareja de hecho<sup>26</sup>; Ayudas por nacimiento y adopción de hijos<sup>27</sup>; Obsequios y premios a hijos de empleados por eventos familiares<sup>28</sup>; Ayudas por familiares a cargo; Ayudas por hijo<sup>29</sup>; Guarderías infantiles<sup>30</sup>; Becas y

<sup>24</sup> Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

<sup>25</sup> Sobre el particular *vid.* ALMENDROS GONZÁLEZ, M.A.: “La acción social nell’impresa: il caso spagnolo”, en VV.AA. (Coords, W. Chiaromonte y M.L. Vallauri): *Modelli ed esperienze di Welfare aziendale*, G. Giappichelli Editore, Turín, Italia, 2018, pp. 86-129; y ALMENDROS GONZÁLEZ, M.A.: “Acción social en la empresa, negociación colectiva y crisis económica”, *Trabajo y Derecho*, núms. 31-32, 2017, pp. 30-51; o ALMENDROS GONZÁLEZ, M.A.: “La protección familiar del trabajador”, *Temas Laborales*, núm. 72, 2003, pp. 69-103.

<sup>26</sup> Los premios por nupcialidad que se entregaban a los trabajadores por contraer matrimonio fueron habituales, junto a los premios por natalidad, en el sistema de protección familiar de la Seguridad Social hasta que la Ley 26/1985 los suprimiera. Desde entonces, el único beneficio “legal” que disfruta el trabajador que contrae matrimonio es el derecho a un permiso retribuido de 15 días naturales (art. 37.3 TRET). Pero ya no hay sitio para dichas “ayudas por nupcialidad” en un sistema de Seguridad Social cada vez más reducido y de mínimos. Sin embargo, los convenios colectivos si que suelen contemplar ayudas y premios por matrimonio (y por inscripción de parejas de hecho) a cargo de la empresa, tal vez más por inercia reguladora que por decidida voluntad de los sujetos negociadores. *Vid.* art. 50 del CC del Sector de la Banca (BOE de 15 de junio de 2016); art. 37 del CC de Jardinería (BOE de 2 de febrero de 2016); art. 26 del CC de Control y Montajes Industriales (BOE de 5 de septiembre de 2014); art. 27 del CC de Aceites del Sur-Coosur (BOE de 9 de octubre de 2013); art. 50.b del CC de British American Tobacco España, BOE de 31 de octubre de 2013; art. 19 del CC de Johnson Controls Autobaterías (BOCM de 31 de agosto de 2015); CC de Mercedes-Benz Retail (BOE 7 de octubre de 2016); art. 64 del CC de Empresas Organizadoras del Juego del Bingo (BOE de 19 de junio de 2015); o art. 41 del CC de Comercial Citroën (BOE de 7 de octubre de 2016).

<sup>27</sup> Art. 29 del CC de Control y Montajes Industriales. (BOE de 5 de septiembre de 2014); art. 38 (Premio fomento a la natalidad) del CC de Nestlé Esplugues (BOP Barcelona de 29 de septiembre de 2015); o art. 39 del CC de la Construcción y Obras Públicas de la Provincia de Cádiz (BOP Cádiz de 18 de enero de 2016). No obstante, como ocurre también con algunas ayudas por nupcialidad, se aprecia en los últimos años una tendencia restrictiva, reconociendo la ayuda de natalidad solo a los trabajadores con una antigüedad mínima en la empresa o solo a aquellos trabajadores con menores ingresos. Entro otros, el art. 46 (Ayuda por natalidad) del CC de una pluralidad de empresas (BME y otras) vinculadas por razones organizativas y productivas (BOE de 23 de marzo de 2016) o el art. 23 del CC de Mercedes-Benz Retail (BOE 7 de octubre de 2016).

<sup>28</sup> Algunos convenios colectivos contemplan para los hijos de los empleados “obsequios de Reyes Magos” o “premios por Primera Comunión”: art. 43 del CC de Nestlé Esplugues (BOP Barcelona de 29 de septiembre de 2015); art. 42 del

ayudas económicas por estudios de los hijos<sup>31</sup>; Ayudas por hijos u otros familiares con discapacidad<sup>32</sup>; Mejoras voluntarias a prestaciones de la Seguridad Social (complementos por maternidad, por IT, a las prestaciones por muerte y supervivencia de la Seguridad Social); Ayudas por defunción y otras indemnizaciones por muerte del trabajador (indemnizaciones directas, seguros de vida y de accidentes y planes de previsión); Beneficios para supervivientes (preferencias y compromisos de contratación); Indemnizaciones por jubilación e invalidez y Planes de pensiones; Préstamos; Formación; y otros Servicios que la empresa ofrece a los trabajadores (Salud y seguros médicos; Economatos, cooperativas de consumo y descuentos en suministros y productos; Comedores y ayudas por mantenimiento; Transporte; Parking; Asesoría y defensa jurídica; Actividades recreativas, culturales o deportivas).

En definitiva, la mayoría de las ayudas y beneficios sociales otorgados por la empresa tienen una vinculación directa o indirecta con *la familia* y con las medidas (eminente y económica) de conciliación de la vida laboral y familiar. El resto de medidas de acción social pertenecen a *otras áreas*, como formación, ocio, deporte o cultura. En todo caso se aprecia una tendencia reduccionista: la oferta de ayudas es más restrictiva, se reducen las cuantías y se incrementan los requisitos para concesión de tales ayudas.

#### IV. BREVE REFERENCIA A LA COORDINACIÓN DE LAS PRESTACIONES FAMILIARES EN LA UNIÓN EUROPEA

En el contexto de la Unión Europea (UE), nos encontramos con unas específicas normas de coordinación de las prestaciones familiares de la seguridad social<sup>33</sup>. En concreto, el Reglamento

---

CC de Seguros Catalana Occidente y Bilbao (BOE de 28 de marzo de 2014); o art. 38 CC de Lafarge Cementos (BOCM de 27 de julio de 2013).

<sup>29</sup> Normalmente, con carácter restrictivo, bien respecto de hijos con discapacidad (art. 12 del CC de Bombardier European Investments, BOE de 28 de octubre de 2016), bien respecto de hijos pertenecientes a familias numerosas (art. 21 del CC del Grupo Vodafone España, BOE de 7 de octubre de 2016).

<sup>30</sup> Las empresas no suelen ofrecer a sus empleados dentro de sus beneficios de acción social el servicio de guardería infantil en el propio centro de trabajo. En su lugar, aunque de forma mucho menos ventajosa para conciliar adecuadamente familia y trabajo, la empresa ofrece unas ayudas económicas para sufragar los gastos ocasionados por la utilización de guarderías infantiles (públicas, concertadas o privadas) externas a la empresa o de ludotecas durante los períodos no lectivos. En este sentido: art. 58 del CC de Cajas y Entidades Financieras de Ahorro (BOE de 12 de agosto de 2016); art. 34 del CC de La Casa, S.A. (BOE de 25 de septiembre de 2015); o art. 46 (Guarderías y escuelas infantiles) del CC del Sector de Limpieza de Edificios y Locales de la Comunidad de Madrid (BOCM de 10 de marzo de 2014).

<sup>31</sup> Las ayudas por estudios tienen carácter *finalista* y se destinan *específicamente* a compensar los gastos derivados de las necesidades educativas y formativas de los hijos. Este tipo de ayudas, que adoptan las más variadas denominaciones (beca de estudio, bolsa de estudio, ayuda para formación, subvención de estudio, ayuda escolar, ayuda por libros y material escolar, etcétera), son frecuentes y numerosas en los convenios. *Ver*, entre otros muchos, art. 23 (Ayuda por hijos en edad escolar) del CC de las Industrias del Vidrio y Cerámica (BOE de 5 de junio de 2014); art. 25 del CC de Control y Montajes Industriales (BOE de 23 de junio de 2013); art. 26 (Ayuda para estudios) del CC Estatal de la Industria Metalgráfica (BOE de 11 de agosto de 2015); art. 27 del CC de Plus Ultra Seguros (BOE de 17 de julio de 2014); art. 12 (Ayuda de estudios) del CC General de la Industria Textil y de la Confección (BOE de 21 de agosto de 2015); o art. 44 del CC del Iberdrola Ingeniería y Construcción (BOE de 6 de junio de 2016).

<sup>32</sup> Estas ayudas, que tienen por objeto compensar por el mayor gasto que supone un discapacitado para una familia, tienen un carácter complementario a otras prestaciones sociales de Seguridad Social y de Asistencia Social por discapacidad, por lo se configura como auténticas mejoras colectivas, y por tanto son compatibles con las mismas. Entre otros muchos, el art. 44 del CC de Danone (BOE de 20 de agosto de 2015); el art. 61 del CC de Empresas de Seguridad (BOE de 18 de septiembre de 2015); el art. 38 del CC de la Industria Azucarera (BOE de 25 de septiembre de 2015); el art. 27 (Ayuda a discapacitados) del CC Estatal de la Industria Metalgráfica (BOE de 11 de agosto de 2015); o el art. 42 del CC de Comercial Citroën (BOE de 7 de octubre de 2016).

<sup>33</sup> Sobre este tema, vid. ALMENDROS GONZÁLEZ, M.A.: “Régimen jurídico de las prestaciones familiares en España y su coordinación en el Reglamento CE 883/2004”, en VV.AA. (coords. E. Garrido Pérez y C. Sánchez-Rodas Navarro): *Protección social en España, en la Unión Europea y en el Derecho Internacional*, Laborum, Murcia, 2017; y ALMENDROS GONZÁLEZ, M.A.: “La reforma de la coordinación de las prestaciones familiares de la Seguridad Social como respuesta a los cambios políticos y económicos en la Unión Europea”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (Iustel)*, núm. 49, Monográfico “Estudios doctrinales: sobre Brexit y propuestas de reformas sobre protección social en la Unión Europea”, 2018.

CE 883/2004, sobre coordinación de los sistemas de seguridad social, y el Reglamento CE 987/2009, por el que se adoptan sus normas de aplicación, establecen unos principios y unas reglas de coordinación aplicables a unas prestaciones familiares de Seguridad Social que son calificadas como tales exclusivamente en función de “los elementos constitutivos de cada prestación, principalmente en su finalidad y en los requisitos para obtenerla, y no en el hecho de que una prestación sea o no calificada como prestación de Seguridad Social por una legislación nacional”<sup>34</sup>. Por tanto, cualquier prestación que se conceda automáticamente a las familias, que responda a ciertos criterios objetivos, en particular, relativos al número de sus miembros, sus ingresos y sus recursos patrimoniales, al margen de cualquier apreciación individual y discrecional de las necesidades personales, y que estén destinadas a compensar cargas familiares deben tener la consideración de prestaciones familiares de Seguridad Social, y consiguientemente serle de aplicación las normas de coordinación del Reglamento CE 883/2004. De este modo, para determinar que se tratan de prestaciones de Seguridad Social y no de Asistencia Social, el TJUE considera decisivo no el criterio de la fuente de financiación, sino el constituir un auténtico derecho subjetivo del solicitante que cumple determinados requisitos objetivos<sup>35</sup>.

Los principios básicos de coordinación de las prestaciones familiares de la Seguridad Social son el principio de igualdad de trato y prohibición de toda discriminación directa e indirecta por razón de la nacionalidad en el acceso a beneficios (y también en relación con las obligaciones derivadas); el principio de asimilación de prestaciones, ingresos, hechos o acontecimientos ocurridos en otro Estado miembro; el principio de totalización de los períodos de cotización, empleo, actividad por cuenta propia o residencia en otro Estado miembro; el principio de exportabilidad de prestaciones en metálico; el principio de no acumulación de prestaciones; y el principio de unicidad de la legislación aplicable (para determinar dicha legislación aplicable se recurre a la técnica de la *norma de conflicto*). Igualmente están previstas unas normas de coordinación específicas, como la asimilación de la residencia de los familiares en otro Estado miembro; la aplicación de unas reglas de prioridad en caso de acumulación de prestaciones; el reconocimiento de un complemento diferencial; o la posibilidad de abono a persona distinta del beneficiario.

La diversidad y heterogeneidad que presentan las ayudas familiares se acentúa fuertemente si además se trata de coordinar prestaciones de distintos ordenamientos jurídicos, especialmente cuando encontramos Estados miembros con diferentes modelos de seguridad social y de protección social; con contextos productivos, migratorios, económicos, políticos, financieros, presupuestarios, sociológicos, culturales y jurídicos muy distintos; y con diferencias evidentes en cuanto a los niveles de vida de los Estados miembros. Ya de por sí, esta diversidad en la concepción y definición de las prestaciones familiares dificulta su propia coordinación, pero además, es que ante la variedad y diversidad de prestaciones familiares, como hemos visto no siempre encuadradas en una misma categoría, con diferentes naturalezas y finalidades, y sobre todo, de muy diferentes cuantías, nos encontramos en cambio con unas reglas de coordinación uniformes y comunes a todas esas prestaciones familiares.

<sup>34</sup> STJUE de 21 de junio de 2017, asunto *Martínez Silva*, C-449/16, apartado 20. En el mismo sentido, Sentencias del TJUE de 16 de julio de 1992, asunto *Hughes*, C-78/91, apartado 14; de 20 de enero de 2005, asunto *Noteboom*, C-101/04, apartado 24; y de 24 de octubre de 2013, asunto *Lachheb*, C-177/12, apartado 28).

<sup>35</sup> Muy claramente, la STJUE de 21 de junio de 2017, asunto *Martínez Silva*, C-449/16, apartados 21 y 24, considera que “el modo de financiación de una prestación y, en particular, el hecho de que su concesión no esté sujeta a ninguna obligación de cotizar carecen de importancia a efectos de su calificación como prestación de seguridad social”. Lo relevante es que “la prestación se conceda al margen de cualquier apreciación individual y discrecional de las necesidades personales del solicitante, en función de una situación legalmente definida”.

## V. ADECUACIÓN (O NO) DE LAS PRESTACIONES FAMILIARES DE LA SEGURIDAD SOCIAL A LOS OBJETIVOS PERSEGUIDOS: VALORACIÓN CRÍTICA

El análisis de los objetivos propuestos por las medidas de protección social a la familia nos sirve para valorar la adecuación o inadecuación de las prestaciones familiares de la seguridad social a los mismos, así como al actual contexto económico y familiar.

### 1. MODELO DE FAMILIA PROTEGIDA Y CAMBIOS EN LAS ESTRUCTURAS FAMILIARES

El sistema de prestaciones familiares de la Seguridad Social se fundamenta básicamente en el modelo familiar tradicional progenitores-hijos. De este modo, y frente a la diversidad y heterogeneidad de estructuras y modelos familiares, nos encontramos ante un concepto específico de “familia protegida”. Sin embargo, los esquemas protectores de la Seguridad Social deben adaptarse continuamente a lo que en cada momento se entienda por familia. Este problema, como acabamos de señalar, se ha planteado también a nivel europeo respecto de la coordinación de las prestaciones familiares. Las diferencias existentes entre las legislaciones nacionales hacen que en ocasiones sea muy complicado identificar a quiénes tienen la consideración de miembros de la familia. De este modo, se plantea el problema de si la definición actual incluye nuevas formas de familia que sólo son reconocidas por las legislaciones de algunos Estados miembros (como por ejemplo, los matrimonios homosexuales). El TJUE ha ido incorporando nuevas situaciones familiares que también dan derecho a prestaciones familiares (por ejemplo, en los casos de padres divorciados<sup>36</sup>). De esta forma se amplía el ámbito subjetivo de las prestaciones familiares al incluir a otros beneficiarios.

### 2. FALTA DE UNIVERSALIDAD EN LA PROTECCIÓN. ESCASO NÚMERO DE FAMILIAS PROTEGIDAS

Las prestaciones familiares, y especialmente la asignación por hijo a cargo, se reconocen a muy pocas familias. Se establece un requisito de acceso a la prestación consistente en un límite de ingresos anuales excesivamente bajo y que deja fuera de toda protección a la mayoría de las familias. Esta situación contrasta con lo que ocurre en la mayoría de Estados miembros de la UE, que tienen prestaciones familiares universales (no se exige ningún límite de ingresos). Frente a ello se defiende que el acceso sea independiente del nivel de renta del llamado a ser beneficiario y que el derecho a percibir la prestación económica se prolongue hasta el cumplimiento por el hijo a cargo de la misma edad en que se pueda estar percibiendo la pensión de orfandad por razón de estudios o falta de empleo. No tiene sentido limitar el acceso a un ridículo límite cuantitativo de ingresos si se quiere fomentar la natalidad<sup>37</sup>. El nivel de ingresos solo debería tener relevancia en aquellas prestaciones que vayan específicamente dirigidas a familias con necesidades especiales que las colocan en riesgo de exclusión social. Como respuesta a estos planteamientos se han presentado algunas iniciativas parlamentarias que pretenden la ampliación de las prestaciones familiares al mayor número posible de familias mediante el incremento del límite máximo de ingresos anuales exigido para tener la consideración de beneficiario<sup>38</sup>.

<sup>36</sup> STJUE de 26 de noviembre de 2009, asunto *Slanina*, C-363/08.

<sup>37</sup> MONEREO PEREZ, J.L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G.: “Las prestaciones familiares, ese *pariente pobre* de la Seguridad Social”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 6, Laborum, 2016, p.26.

<sup>38</sup> Así, la Proposición de Ley sobre mejoras en la prestación económica de la Seguridad Social para la crianza de los hijos presentada por el Grupo Parlamentario Mixto (BOCG, Congreso de los Diputados, de 17 de febrero de 2017) planteaba la conveniencia de aumentar el límite de renta para tener derecho a la prestación, en concreto planteaba un límite máximo de ingresos anuales de 22.000 €. Por su parte, la Proposición de Ley de Modificación del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social, para la mejora de la prestación económica por hijo o menor a cargo, presentada por el Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea (BOCG, Congreso de los Diputados, de 7 de mayo de

(...)

### 3. INSUFICIENCIA DE LAS CUANTÍAS

La insuficiencia de las cuantías es una de las críticas más comunes que ha recibido nuestro sistema de prestaciones familiares de la Seguridad Social. Aunque la prestación por hijo a cargo es la principal medida de ayuda a la familia en Europa, sin embargo en España tiene una cuantía muy escasa, ridícula, inútil para satisfacer los objetivos de las prestaciones familiares. Así, mientras en la UE28 la prestación por hijo a cargo es de 91€/mes de media (y en la UE15 es de 107€/mes), en España es tan solo de 24,25€/mes. Además, por su falta de actualización, por permanecer dicha cuantía congelada desde muchos años, la prestación por hijo está absolutamente devaluada. La prestación por hijo a cargo ha perdido casi un tercio (un 31 por 100) de su valor real desde el año 2000. En relación con esto último, los procedimientos de revisión periódica de las cuantías de las prestaciones familiares tampoco están previstas en todos los casos (como ocurre con la prestación por hijo o menor acogido a cargo menor de 18 sin discapacidad) y no se garantiza la actualización de las cuantías (cosa que se haría automáticamente haciéndola depender de otros valores, como del SMI o de otros indicadores vinculados a la inflación). Ante esto, no es de extrañar que todas las propuestas de mejora destaquen la necesidad de elevar las cuantías de las prestaciones familiares<sup>39</sup>.

### 4. NECESIDAD DE SERVICIOS COMPLEMENTARIOS DE PROTECCIÓN A LA FAMILIA

Aunque las estadísticas reflejan que el gasto en protección familiar es eminentemente en especie (como señala en su Informe el Instituto de Política Familiar, del 1,31 por 100 del PIB que se destina a prestaciones familiares, tan solo el 0,50 por 100 son prestaciones en metálico, de tal forma que el 61 por 100 de las prestaciones a la familia son en especie, y solo un 39 por 100 en metálico), sin embargo no se ha articulado dentro del sistema de protección familiar un eficiente sistema de servicios complementarios de protección a la familia (guarderías, atención a niños, ludotecas, ocio y tiempo libre, etc.), lo que ha provocado que tales servicios complementarios se hayan desarrollado por diversas administraciones públicas vía asistencia social y servicios sociales, pero de forma dispersa y sin coordinación. Frente a ello, se ha puesto reiteradamente de manifiesto cómo los países europeos más exitosos en la lucha contra la pobreza infantil han combinado una red suficiente de prestaciones con extensos servicios de apoyo a las familias con hijos, políticas de fomento del empleo, de conciliación de la vida laboral y familiar, beneficios fiscales, infraestructuras y servicios educativos preescolares y sistemas públicos de cuidados infantiles. En otros ordenamientos europeos encontramos una mayor oferta de ayudas y prestaciones familiares, tanto en especie como en metálico, como subsidios o asignaciones de escolarización, por educación especial, de guardería, por lactancia, ayudas a la vivienda, ayudas por discapacidad y dependencia, ayudas de refuerzo de las pensiones alimenticias, subsidios específicos para familias monoparentales, etcétera.

### 5. MEDIDAS ESPECÍFICAS DE APOYO A FAMILIAS CON NECESIDADES ESPECIALES

Como recuerda el Plan Integral de Apoyo a la Familia 2015-2017, es necesario ofrecer una atención prioritaria a familias que por su estructura y composición presenten necesidades especiales, con independencia de la coyuntura. Nuestro sistema de prestaciones familiares de la

---

2018), plantea que la prestación por hijo a cargo a medio plazo debería tener un carácter universal, por lo que dichos umbrales deberían tender a aumentar hasta desaparecer.

<sup>39</sup> También las iniciativas parlamentarias inciden en la necesidad de dicho incremento de las cuantías. De este modo, la mencionada Proposición de Ley sobre mejoras en la prestación económica de la Seguridad Social para la crianza de los hijos presentada por el Grupo Parlamentario Mixto proponía una cuantía de la asignación por hijo a cargo sin discapacidad de 1.200 € anuales, 1.800 € en los casos de familias monoparentales; mientras que la Proposición de Ley para la mejora de la prestación económica por hijo o menor a cargo presentada por el Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea planteaba una elevación gradual de dicha cuantía en período de 4 años (2018, 600 € anuales; 2019, 600 €; 2020, 900 €; y 2021, 1.200 €).

Seguridad Social ofrece una protección específica para familias numerosas, monoparentales y con madres con discapacidad, pero hay muchas otras familias especialmente vulnerables o que se encuentran en situación de exclusión social (como familias LGTB, familias con miembros con enfermedades graves, familias inmigrantes, familias en situación de conflicto y ruptura, familias en situación de violencia doméstica, etc.) para las que no están previstas medidas específicas de protección.

## 6. DEFICIENCIAS TÉCNICAS. ASISTEMATICIDAD DE LAS PRESTACIONES FAMILIARES

Nuestro estudio se ha centrado en las prestaciones familiares de la seguridad Social, tanto en sus modalidades contributiva como no contributiva, pero existe muchas otras prestaciones de protección familiar dentro del propio sistema de Seguridad Social, que gozan de autonomía reguladora, como la maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo o la lactancia natural, cuidado por enfermedad grave de menor, orfandad, viudedad, etc. También hay servicios asistenciales a favor de la familia, ayudas de otras políticas sociales y sobre todo beneficios fiscales. Aunque se han sucedido las reformas normativas que han tratado de reordenar el sistema de protección a la familia se sigue apreciando una importante dispersión reguladora y falta de conexión entre muchas de esas prestaciones y ayudas a la familia. Respecto al tipo de técnicas de protección utilizadas se aprecia una mayor eficacia de las políticas fiscales e impositivas de protección a la familia que del propio sistema de protección familiar de la Seguridad Social. Especialmente en relación con el IRPF se aprecia que los beneficios y deducciones fiscales por circunstancias familiares (por hijos a cargo, por maternidad, por familia numerosa, etcétera) tienen un carácter más universal, en la medida que se reconocen a cualquier contribuyente que tenga obligación de declarar.

## 7. LA ACCIÓN SOCIAL DE LA EMPRESA COMO VÍA DE PROTECCIÓN FAMILIAR “PRIVADA” Y COMPLEMENTARIA

El sistema público de protección social tiene en cuenta las necesidades familiares a través de determinadas prestaciones de carácter no contributivo de la Seguridad Social, pero se trata de una protección inadecuada en sus planteamientos (meramente monetarista, consistente en la percepción de una cantidad económica) e insuficiente en sus cuantías, lo que la convierte en un área marginal y secundaria dentro del sistema<sup>40</sup> y obliga a recurrir a otros mecanismos complementarios de protección social a la familia, como son la Asistencia Social, los Servicios Sociales, la Política Fiscal o la Política Educativa. Pero también encontramos una vertiente “privada” (empresarial) de protección a la familia mediante ayudas establecidas por la negociación colectiva para el trabajador con “cargas” familiares. Tales ayudas familiares, en sus diversos tipos y configuraciones, constituyen un contenido clásico y tradicional de la acción social empresarial. Pero también la crisis económica ha afectado a tales beneficios sociales adicionales a favor de los trabajadores que ofrece la empresa (y que no tienen carácter legal, sino voluntario o que, en el mejor de los casos, son resultado de compromisos negociales con los representantes de los trabajadores que pueden ser revisados). De este modo, las estrategias empresariales de reducción de costes provoca que se negocien convenios colectivos a la baja: se suprimen algunos beneficios anteriormente reconocidos, la oferta de ayudas sociales es más reducida en número, se limitan sus cuantías, se incrementan y se endurecen los requisitos para concesión de ayudas, etcétera.

## 8. VALORACIÓN Y PROPUESTAS DE MEJORA

Los indicadores de protección social a la familia que analiza el Informe del Instituto de Política Familiar sobre *La protección social de la Familia en España 2015* (indicadores de importancia,

<sup>40</sup> Vid. ALMENDROS GONZÁLEZ, M.A.: *La protección social de la familia*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2005.

de magnitud, de profundidad y de voluntad protectora) constatan que España tiene una deficiente protección social a la familia. Además la crisis económica ha acentuado esta divergencia con Europa. No se da importancia a la protección a la familia. La protección social a la familia no es prioritaria para las Administraciones Públicas con respecto a otras prestaciones sociales. La familia tiene una escasa importancia en España dentro de las políticas sociales. Así, solo el 5,2 por 100 de las prestaciones sociales se dedican específicamente a la familia. De hecho, de cada 19€ que se destinan a gastos sociales, tan solo 1€ se destina a la familia. De este modo, España se coloca en el furgón de cola de los países de la UE28 que menos porcentaje de PIB destina a la familia, ocupando el puesto 21 con un 1,31 por 100 del PIB. Por todo ello, concluye el informe que la familia española está discriminada frente a la mayoría de los países europeos, tanto en el número de familias que pueden acceder a las ayudas (11 por 100 de las familias españolas frente al 83 por 100 de las familias europeas), en su cuantía, y respecto a la edad de los hijos que se pueden beneficiar (18 años en España y 25 años en la UE28).

La situación de desfase, obsolescencia e ineficacia en la que se encuentran las prestaciones familiares de la Seguridad Social es evidente. Pero lo más preocupante tal vez sea el no plantearse vías de solución aplicables. Las propuestas inciden en la universalización de la protección familiar, tanto mediante la supresión del requisito de un límite máximo de ingresos anuales como de la extensión de la protección a nuevos modelos familiares, el aumento de las cuantías de las prestaciones económicas, el incremento del periodo de percepción de la prestación mediante su prolongación mientras subsista la “carga familiar”, etc. Pero todo ello conlleva un gasto que hay que asumir. No hay propuestas claras ni viables de mejora. Así, el propio Plan Integral de Apoyo a la Familia 2015-2017, pese a constatar la inadecuación de las prestaciones familiares de la Seguridad Social al actual contexto económico y familiar, no aporta propuestas ni medidas concretas. Lo único que se limita es a señalar que se deberá promover en el seno de la Comisión del Pacto de Toledo la elaboración de un estudio sobre las prestaciones familiares en general y en el que se aborden, así mismo, las líneas de reordenación de aquellas prestaciones de la Seguridad Social que inciden directamente en la familia, y en concreto las prestaciones por maternidad y paternidad, muerte y supervivencia y las prestaciones familiares del sistema. Igualmente propone como prioridad “estudiar la mejora de la prestación de la Seguridad Social por hijo o menor acogido a cargo”. Dicho Plan Integral incide mucho más en medidas específicas de protección social a la familia de naturaleza fiscal, demostrando una vez más la decidida apuesta de los poderes públicos por la *fiscalidad* como política preferente de protección a la familia.

En cualquier caso, lo que si hay que destacar es la necesidad de conseguir un consenso sobre un modelo de protección familiar viable que se consolide en el tiempo. En este sentido se ha destacado como principio rector que debe regir la actuación en materia de familia el posibilitar una sostenibilidad financiera, la eficiencia en el uso de los recursos y la perdurabilidad de las actuaciones más allá de las alternancias políticas, ya que un proyecto familiar no es estático, sino que se construye a largo plazo, por lo que una política familiar adaptada y perdurable es un elemento de desarrollo sostenible.





# **CAPÍTULO II. LA ACCIÓN PROTECTORA DE LA SEGURIDAD SOCIAL ANTE LA MULTIPLICIDAD DE REALIDADES FAMILIARES Y FORMAS ASISTIDAS DE ACCESO A LA MATERNIDAD**

PILAR RIVAS VALLEJO

*Profesora Titular (acreditada a Catedrática) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de Barcelona*

## **I. INTRODUCCIÓN**

La Seguridad social se enfrenta en el siglo XXI a realidades familiares y convivenciales desconocidas por los legisladores que dieron luz verde al nacimiento del sistema de la seguridad social contemporáneo. Una realidad social que ha experimentado una notable evolución en la cuna de los sistemas pioneros, pero también en el español, donde el salto desde la dictadura del nacionalcatolicismo al Estado social de Derecho produjo una ruptura legal con el modelo de familia tradicional, dejando paso en sus inicios a la supresión de la indisolubilidad del matrimonio y más tarde a otra serie de fenómenos sociales a los que el Derecho no podía permanecer impasible.

Es en este nuevo escenario donde entran en juego nuevas figuras que obligan a cuestionar los viejos parámetros legales y a reinterpretar la ley para dar cobijo a la diversidad de situaciones que esta nueva realidad exige en la adaptación de las distintas prestaciones de la Seguridad donde la familia y sus distintas formas y vínculos parentales tienen alguna relevancia, sea para condicionar acceso, cuantía o duración de las prestaciones, sea para configurar en sí misma la situación protegida por el sistema público de previsión social. El análisis que sigue precisa, asimismo, de la necesaria perspectiva de género, especialmente porque la mayoría de las situaciones estudiadas implican a las mujeres, y no siempre en su beneficio.

## **II. PERSPECTIVA GENERAL**

Diversas son las prestaciones de la Seguridad social condicionadas por el factor “familia”. Así, las de muerte y supervivencia, las propias prestaciones familiares, por supuesto las de maternidad y paternidad, en un caso siendo los directos beneficiarios de la prestación los familiares, y en el otro solo los causantes de las mismas (prestaciones familiares, maternidad, paternidad). También las de desempleo, entre otras, en cuanto modulan supuestos, duración y cuantía en función de las responsabilidades familiares del beneficiario.

Sin embargo, el núcleo del análisis que se pretende en las próximas páginas es precisamente el de la influencia de las formas de familia sobre la protección social, y la adaptación, o no, de nuestro Derecho de la Seguridad social a su evolución más reciente, donde han entrado en lid situaciones polémicas a la par que litigiosas. Este es el caso de figuras ya clásicas y resueltas en la mayor parte de sus aspectos reguladores, no exentas, sin embargo, de ciertas dificultades aún en la actualidad, como es el caso de las uniones de hecho (en el ámbito de las prestaciones por muerte y supervivencia) o las familias monoparentales, así como de otras de mayor auge en el siglo XXI, relacionadas con formas alternativas de reproducción (asistida, subrogada...) -respecto de las prestaciones por maternidad y por paternidad-, junto con otras fruto del peso de la fuerte emigración de países del Magreb, la poligamia (en cuanto afecta en particular a las prestaciones por

muerte y supervivencia). Además de las citadas, algunas otras cuestiones de interés directo o colateral merecen una atención individualizada, que les será prestada en los siguientes apartados.

La Resolución del Consejo y de los ministros de trabajo y asuntos sociales, reunidos en el seno del Consejo de 6 de junio de 2000, *relativa a la participación equilibrada de hombres y mujeres en la actividad profesional y en la vida familiar*, aconsejó otorgar tratamiento especial a las familias monoparentales, así como una distribución de los tiempos y flexibilización de horarios de trabajo acorde con la situación de separación o divorcio de los progenitores. En el terreno de la protección social no se dispuso una recomendación similar, pero no cabe duda de que tales acomodaciones tienen su reflejo en el ámbito de la protección de los sistemas de seguridad social. Tampoco el Derecho español cuenta con un espacio específico para la toma en consideración de situaciones diferentes al monolítico paradigma de la familia tradicional más allá de las uniones de hecho y, más recientemente otros pequeños avances, entre ellos la atención específica a menores afectados de enfermedades graves (prestación por hospitalización de menores con cáncer u otra enfermedad grave), si bien el interés se centrará no tanto en situaciones protegidas como en las formas familiares de base.

### III. FILIACIÓN Y FAMILIA EN LA CONSTITUCIÓN Y EN EL DERECHO ESPAÑOL

La norma marco del Derecho español en materia de modelo de tutela a la familia es el art. 39 de la Constitución Española, que construye su opción protectora en torno a la familia tradicional o compuesta por padre e hijos menores de edad que constituyen una unidad de convivencia (definida por el Tribunal Constitucional como “unidad básica y esencial de convivencia” en su sentencia 116/1999, de 17 de junio), obviando el vínculo entre sus progenitores, matrimonial o no (SSTC 222/1992, de 19 de enero, 47/1993, de 8 de febrero, y 74/1997, entre otras), y el carácter natural o adoptivo (Ley 11/1981, de 13 de mayo, *por la que se modifican determinados artículos en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio*, y art. 108 C.c.).

El modelo constitucional bascula sobre varios ejes centrales:

- 1.- **Mandato de protección de la familia a los poderes públicos**, en su vertiente social, económica y jurídica: “los poderes públicos *aseguran* la protección...”, a través de los instrumentos que libremente elijan nuestros legisladores, si bien, “configurado por la ley un determinado mecanismo o expediente para la protección familiar, su articulación concreta deberá llevarse a cabo en el respeto a las determinaciones de la Constitución y, muy específicamente, a lo que impone el principio de igualdad” (STC 22/1992, de 11 de diciembre, del Pleno). Según entiende parte de la doctrina, no se trata de un mandato universal de protección a la familia en todas sus formas, “pero sí al menos un mandamiento para no impedir posibilidades de desarrollo personal (maternidad/paternidad), mediante una legislación restrictiva –condicionada por el hecho biológico– que ampare una desigualdad injustificada entre familias tradicionales y heterosexuales frente a otros modelos «alternativos» familiares (homosexuales, monoparentales)”<sup>1</sup>, en el marco del principio constitucional del derecho a la no discriminación.
- 2.- **Principio de igualdad ante la ley por razón de filiación**, por tanto, sin discriminaciones basadas en la filiación de los hijos, naturales o adoptivos, en cualquiera de las formas en las que tenga lugar tal adopción, por consiguiente. Pese a este mandato constitucional, han prevalecido distinciones basadas en la filiación matrimonial o extramatrimonial en el efecto diferido que tienen las prestaciones por muerte y supervivencia.

<sup>1</sup> RUIZ-RICO RUIZ, G.: “La problemática constitucional derivada de las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA): el caso de la maternidad subrogada”. Uned. *Revista de derecho político*, núm. 99, mayo-agosto 2017, p 75.

- 3.- **Principio de protección de los hijos y de las madres**, “cualquiera que sea su estado civil”, por consiguiente, tanto si se trata de familias monoparentales, como de uniones de hecho, sea cual sea el estado civil de aquellas, con el margen de diferencia de trato que admite la doctrina constitucional respecto de la filiación matrimonial y matrimonial (la STC 222/1992 admite la aplicación de criterios de necesidad relativa u otros igualmente racionales como justificación de la diferencia de trato).
- 4.- **Obligación paternal de prestar asistencia** “de todo orden” a los hijos, menores de edad, o bien cuando “legalmente proceda”, v.g., hijos con discapacidad, obligación no repercutida directamente sobre los poderes públicos, sino solo en la medida en que estos deban contribuir a garantizar el efectivo cumplimiento de tal deber paternofamiliar.
- 5.- **Principio de respeto de los derechos de los niños reconocidos en acuerdos internacionales**, y consiguiente aplicación en el seno del Derecho interno (v.gr., *Convenio de protección del niño y cooperación en materia de adopción internacional*, hecho en La Haya el 29 de mayo de 1993).
- 6.- **Principio de protección a las personas mayores** (art. 50) **y a la institución del matrimonio** (art. 32), construido sobre el principio proclamado en el art. 39 de plena equiparación entre la familia matrimonial y no matrimonial<sup>2</sup>. Seguidamente, bastó un cambio de terminología inclusiva para abarcar las distintas situaciones comprendidas bajo la figura del matrimonio y la paternidad, pasando a ser los miembros de la pareja “cónyuges” y no hombre y mujer, y su condición de padre y madre la de “progenitores”. La equiparación se proyecta sobre todas aquellas situaciones en las que el vínculo matrimonial sea relevante, ya sea en el Derecho de familia y sucesiones, en el Penal, en el de extranjería, en el Derecho del trabajo y de la seguridad social... Los problemas de ley personal aplicable fueron asimismo solventados por una vía pragmática como es la de una decisión de la junta de fiscales y una instrucción de la Dirección general de registros y del notariado admitiendo la validez del matrimonio pese a la condición extranjera de alguna de las personas contrayentes.

El acompañamiento de la legislación laboral y de Seguridad social con el Derecho de familia no ha sido extraordinariamente coherente en el desarrollo de los principios constitucionales, en un caso de evidente asincronía entre ambas legislaciones, que no han compartido el mismo ritmo sino hasta fechas muy recientes (a título de ejemplo, la equiparación entre filiación natural y adoptiva de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, y su traslación a la legislación laboral por mor de la Ley 3/1989, de 3 de marzo, la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, *de modificación del Código civil en materia de adopción y otras formas de protección de menores*, por la que se incorporan las figuras de la guarda y el acogimiento de menores -arts. 172 a 174-, excluidas de tutela laboral hasta la Ley 8/1.992, de 30 de abril, la Ley 13/1.996, de 30 de diciembre, *de medidas fiscales, administrativas y del orden social* -que equiparó plenamente ambos tipos de filiación- y la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, *para promover de conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras*, entre otros casos). Y no ha sido siempre la ley la responsable de dicha actualización, sino la jurisprudencia, especialmente constitucional (v.g. pensiones de viudedad y de orfandad).

Es en el ámbito de las prestaciones por muerte y supervivencia donde ha tenido más peso el modelo tradicional de familia, especialmente para excluir de su ámbito de protección a las parejas no unidas por matrimonio, cuyo lento y tortuoso acceso a las pensiones de viudedad ha corrido paralelo al refuerzo de la protección a las mujeres ante situaciones endémicas de desigualdad sufridas por las mismas, como es el caso paradigmático de la violencia de género. De manera igualmente simultánea, esta actualización ha venido de la mano de una de las premisas del Pacto de

<sup>2</sup> La STS (Civil) núm. 975/1999, de 29 de octubre (rec. núm. 2892/1993) entiende que la basada en la unión de hecho es una familia natural que, como tal, “debe ser merecedora de la misma protección por parte de los poderes públicos que para la familia jurídica establece el artículo 39.1 de la Constitución Española, sobre todo cuando de dicho Texto no se desprende que haya una sola forma de familia reconocida”.

Toledo, cuyo Documento de Renovación, aprobado el 29 de enero de 2010, ligaba el mantenimiento de la protección a las viudas a la desigualdad real entre hombres y mujeres, pues “esta realidad hace desaconsejable en términos de equidad y de justicia, una reforma de las pensiones públicas como la producida en los países europeos que han ido relativizando la intensidad de la prestación de viudedad en la medida en que las mujeres tienen un peso similar al de los hombres en el mercado laboral. En España sigue siendo necesario garantizar con medidas legales que no subsistan causas de discriminación que, por no aparecer explícitas en el ordenamiento jurídico, no dejan de tener efectos materiales que profundizan causas de discriminación”<sup>3</sup>. En cambio, los cambios en la situación familiar o en la filiación<sup>4</sup> civil sí han tenido inmediato efecto sobre la titularidad de las prestaciones de la Seguridad social, ya sea por razón de ruptura del vínculo matrimonial (extinción de la pensión de viudedad), de la convivencia, siquiera accidental (v.g. por privación de libertad o por emigración, en las pensiones a favor de familiares) o de otras vicisitudes.

#### IV. FORMAS FAMILIARES MONOPARENTALES

El sistema de la Seguridad social acoge el concepto de familia *de facto*, más allá de los vínculos jurídicos de filiación, a los efectos de su acción protectora.

El modelo de familia tradicional ha abierto paso a otros modelos de familia disgregada, monoparental e incluso a la formación de núcleos de convivencia no estrictamente familiares, como consecuencia del llamado “proceso de individualización” de la familia, que se inscribe en la *tesis de la segunda transición demográfica* desarrollada por el sociólogo VAN DE KAA y situada cronológicamente hacia la segunda mitad de la década de los setenta del siglo veinte<sup>5</sup>. La respuesta del Derecho viene de la mano de una doble opción: la protección de esas singularidades en tanto que integrantes de un núcleo familiar o la tutela a la propia familia como institución fundamental.

Sin embargo, esta respuesta jurídica aparece frecuentemente con carácter muy tardío, a remolque de las reivindicaciones sociales que le dan pie y siempre asincrónicamente de la regulación para “familias estándar”. A título de ejemplo, el R.D.-ley 3/2012, de 10 de febrero, *de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral*, subsanó la preterición de las familias monoparentales en el acceso al permiso por lactancia, después de varias décadas de otras reformas de la figura.

En el ámbito de la Seguridad social, las familias monoparentales reciben la tutela propia de la protección a los hijos o con motivo de la existencia de hijos a cargo. Sin embargo, como tal, la familia de estas características no cuenta con una protección reforzada como consecuencia de la ausencia del segundo progenitor, salvo en ciertos casos específicos, especialmente de monoparentalidad sobrevenida:

- a) *Prestaciones por maternidad*: en tanto el segundo progenitor goza de la posibilidad de acumular la prestación por el tiempo que reste a la madre fallecida en el parto o en el postparto, durante el disfrute del permiso y prestación por maternidad, junto con su propio derecho. Sin embargo, cuando se tratare de monoparentalidad originaria (por embarazo o por gestación subrogada<sup>6</sup>), ninguna acumulación cabe para la madre durante el postparto que le permita prolongar la duración del permiso y de la prestación, cuando lo equilibrado sería precisamente acumular ambos, puesto que en estos casos el progenitor único habrá de prestar la atención que brindarían los dos de

<sup>3</sup> Documento sobre Revisión del Pacto de Toledo, 29 de enero de 2010, Ministerio de Trabajo e Inmigración, p. 19.

<sup>4</sup> V.g. STSJ de la Comunidad Valenciana núm. 1323/2016, de 14 de junio, que analiza un caso de reintegro de prestaciones indebidamente percibidas derivadas de una orfandad alterada por el reconocimiento posterior de su paternidad.

<sup>5</sup> BARAÑANO CID-DE LA PAZ: op.cit., pp. 3 y ss.

<sup>6</sup> La STSJ de Madrid núm. 51/2018, de 26 de enero, reconoce el derecho al disfrute íntegro de la prestación por parte del padre biológico mediante contrato de gestación por sustitución en el que no se había aportado material reproductivo por parte de la madre gestante, que renunció a todos los derechos derivados de la maternidad en su favor.

existir ambos. El art. 23.3 del RD 295/2009 (“en los casos en que solamente exista un progenitor, adoptante o acogedor, si éste percibe el subsidio por maternidad, no podrá acumular el subsidio por paternidad”) resulta, en definitiva discriminatorio para las familias monoparentales, al hacer de peor condición a las que lo son originariamente sobre las que lo son de manera sobrevenida, pues ambas se encuentran con una realidad fáctica similar: una sola persona a cargo del recién o los recién nacidos, adoptados o acogidos, máxime cuando se ha entendido que el permiso de la madre es cedible al padre si aquella no pudiera disfrutar de él (STSJ de Andalucía, Málaga, núm. 1323/2011, de 14 de julio), lo que en realidad acontece también en este supuesto. La STSJ de Madrid núm. 1201/2014, de 23 de diciembre (así como la núm. 120/2016, de 12 febrero, del mismo tribunal), adopta una postura contraria a la propia dinámica de las técnicas de reproducción asistida, manteniendo en su interpretación literal del precepto que “la norma es absurda porque siempre hay dos progenitores”, pareciendo entender que en casos de inseminación artificial por donante anónimo también habrá un segundo progenitor; y, por otra parte, entiende que ambas prestaciones son incompatibles, debiendo concederse la más beneficiosa, en aplicación del principio del interés superior del menor (en este caso se trataba de un caso de gestación por sustitución, que, por analogía, entiende asimilable a la monoparentalidad). En consecuencia, la doctrina judicial admite la acumulación del derecho de maternidad y paternidad en un solo progenitor, el padre, cuando la madre no pudiese disfrutar del mismo, pero lo niega, por aplicación del art. 23.3 del RD 295/2009, al progenitor de una familia monoparental.

- b) Como consecuencia de la *separación* o del *divorcio*, sobreviene una situación más gravosa para cualquiera de los miembros de la pareja en el sostenimiento de la familia, que les obliga, como en el caso también analizado en otro epígrafe, a duplicar un gasto que hasta el momento estaba unificado, situación que, naturalmente repercute en el estatus social de la familia y, lo que es más importante, en el de los hijos. No existe, sin embargo, en el ámbito de la Seguridad social adaptación alguna a esta situación de mayor gravosidad del tratamiento dado a las prestaciones, v.g. a las prestaciones por hijo a cargo.
- c) *Prestaciones por muerte y supervivencia*: el derecho a acrecimiento de la pensión de orfandad por orfandad absoluta (premoriciencia del progenitor con derecho a pensión de viudedad) prevista en el art. 17.2 de la OM de 13 de febrero de 1967 (“cuando a la muerte del causante no quede cónyuge sobreviviente o cuando el cónyuge sobreviviente con derecho a pensión de viudedad falleciese estando en el disfrute de la misma”), también resultaba condicionado por la condición de familia monoparental del beneficiario, hasta su reforma por el Real Decreto 296/2009, de 6 de marzo, que, como resultado de la STC 154/2006 (que entendió que esta exclusión era discriminatoria por razón de filiación matrimonial y extramatrimonial) y la STS de 9 de junio de 2008, rcud. núm. 963/2007), modifica a su vez el Decreto 3158/1966, de 23 de diciembre, *por el que se aprueba el Reglamento General que determina la cuantía de las prestaciones económicas del Régimen General de la Seguridad Social y condiciones para el derecho a las mismas*, por no existir ningún posible beneficiario de la pensión de viudedad. A fin de evitar el perjuicio de los hijos no nacidos de una unión matrimonial, en atención a la finalidad de la prestación, que no es otra que compensar al huérfano por la pérdida sufrida en tanto que dependiente económico del progenitor, el art. 38 del citado reglamento reconoce el derecho al acrecimiento por no existir beneficiario de la pensión de viudedad. Esta reforma salva, por tanto, también a los hijos de familias monoparentales al fallecimiento de su único progenitor, porque el resultado final para el huérfano es la misma: la absoluta desprotección sobrevenida consecuencia de la pérdida del único progenitor a cuyo cargo y cuidado se encontraba. La jurisprudencia de la sala cuarta matiza en sus SSTS

de 29 de enero de 2014 (rcud. 1122/2013 y 3119/2012, dictada por el Pleno de la Sala) que «orfandad absoluta» es equivalente a la falta de ambos progenitores o, en su caso, que a la ausencia de uno se añade que el otro sea desconocido o que el sobreviviente haya sido declarado responsable de violencia de género, excluyendo, como se expresa en las SSTS de 14 de enero, núm. 447/2014, y de 25 de febrero de 2015, rcud. núm. 929/2014, los casos en los que sí existe supérstite, pero este no tiene derecho a la pensión de viudedad por divorcio sin pensión compensatoria o por no haber constituido pareja de hecho con el causante (cfr. STS de 28 de junio de 2013, que reconoce el derecho a un huérfano absoluto, hijo extramatrimonial cuya madre supérstite no cobraba la pensión de viudedad por tratarse de convivencia sin inscribir en el registro de parejas de hecho, pues lo contrario ocasiona una discriminación indirecta por razón de la afiliación al colocarlos en una situación económica más perjudicial que a los hijos matrimoniales o a los nacidos en el seno de una pareja de hecho inscrita en el Registro correspondiente, a diferencia del caso de la supérstite divorciada sin derecho a pensión compensatoria). Sin embargo, las posteriores SSTS de 13 de julio de 2015 (rcud. 2668/2014) y núm. 1048/2016, de 12 de diciembre, niegan el derecho al huérfano de padre, cuya madre supérstite no tiene reconocida pensión de viudedad por ser pareja de hecho del causante sin reunir los requisitos exigidos para acceder a la prestación, por idénticos argumentos a la de 2015: porque la norma se modificó para incluir a las familias monoparentales, pero no para hacer de idéntica condición a los hijos de supérstites que no tienen reconocida, tras divorcio, pensión compensatoria alguna (la misma causa que excluye el derecho a la propia pensión de viudedad), esto es, no se trata de equiparar a todos los hijos para reconocer un derecho universal a recibir la pensión de viudedad que habría correspondido a su progenitor bajo cualquier circunstancia, tuviera aquella o no derecho a la pensión, sino a aquellos que realmente pueden entenderse fácticamente comprendidos en el concepto de “huérfano absoluto”. En cualquier caso, por lo que interesa al tema tratado, lo cierto es que esta reforma y la doctrina que la interpreta sí se dirigen a la tutela de las familias monoparentales. Pese a la anterior doctrina, alguna resolución de suplicación flexibiliza la interpretación del requisito atendiendo a las circunstancias concurrentes (v.g. STS) de Galicia núm. 3855/2009, de 15 de septiembre, que reconoce el derecho al incremento por orfandad absoluta por lo que entiende como situación equiparable a la inexistencia del otro progenitor, divorciado y privado de la patria potestad).

## V. UNIONES AFECTIVAS ALTERNATIVAS AL MATRIMONIO TRADICIONAL

### 1. UNIONES ENTRE PERSONAS DEL MISMO SEXO

Las resoluciones de nuestro Tribunal Constitucional abordan el “concepto constitucional de familia”, que, desmarcándose de la concepción civilista<sup>7</sup>, se corresponde con la formada por un conjunto de personas unidas entre sí por lazos de parentesco o “conyugalidad”, sin necesidad de que la convivencia se base y origine en el vínculo jurídico del matrimonio, si bien es cierto que la ley es manifiestamente favorecedora del matrimonio sobre cualquier otra relación de convivencia (v.g., pensiones de viudedad), pues “es cierto que esta igualación entre una y otra clase de familias no impone una paridad de trato en todos los aspectos y en todos los órdenes de las uniones matrimoniales y las no matrimoniales” (STC 74/1997, de 21 de abril), sobre la base del art. 32, que

<sup>7</sup> ESPÍN CÁNOVAS, D.: “Protección de la familia”, en AA.VV.: *Comentarios a la Constitución Española de 1978* (Dir. O. Alzaga Villaamil), Tomo IV. Madrid (EDERSA), ed. 1996, p. 47.

regula la institución matrimonial como un derecho constitucionalmente garantizado (STC 184/1990, de 15 de noviembre<sup>8</sup>, dictada por el Pleno<sup>9</sup>).

La doctrina constitucional también concibe, en una acepción más restringida, a la familia como la identificada con el matrimonio sin descendencia o sin otros parientes a su cargo, de conformidad con el art. 18.1 CE y con la acepción normalizada y arraigada en nuestra cultura de la voz familia, “en cuyo concepto entra, por consiguiente, también, la relación matrimonial de hombre y mujer sin descendencia” (STC 222/1992)<sup>10</sup>.

Esta doctrina cayó poco después en anacronismo, al entrar en la escena legislativa el matrimonio entre personas del mismo sexo, invalidando la definición de “relación matrimonial de hombre y mujer”, y, con ello, la doctrina del auto 222/1994, de 11 de julio, al perder vigencia su argumento de base: que no se tratara de una institución jurídicamente regulada, aunque subsiste la dicción originaria del art. 32 CE, en la que se alude única y exclusivamente a la formada entre hombre y mujer, aunque no para descartar cualquier otra, sino para proclamar la igualdad de derechos entre hombres y mujeres para contraer matrimonio.

Aunque la STC 184/1990 se refiere a que este precepto no reconoce expresamente un derecho constitucional a su establecimiento, sí delega a la legislación de desarrollo la opción por distintas formas matrimoniales, como en efecto hizo nuestro Derecho mediante la Ley 13/2005, de 1 de julio, *por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio*, reformando el art. 44 del Código civil. La reforma fue declarada constitucional por la STC 198/2012, de 6 de noviembre, dictada por el pleno<sup>11</sup>, pero no cuenta con respaldo convencional europeo, al haber entendido el TEDH que el art. 12 del Convenio Europeo de Derechos Humanos no impone a los estados miembros el deber de regular internamente el matrimonio entre personas del mismo sexo (en su sentencia de 9 de junio de 2016, asunto 40183/07, *Chapin et Charpentier c. Francia*<sup>12</sup>, reitera sus argumentos anteriores de las resoluciones dictadas en los casos *Schalk y Kopf*, de 24 de junio de 2010, *Gas y Dubois*, de 15 de marzo de 2012, y *Hämäläinen*, de 16 de julio de 2014, así como Decisión del TEDH de 10 de mayo de 2001, *asunto Mata Estévez contra España*<sup>13</sup>, donde se debate

<sup>8</sup> Se afirma en la citada resolución que “es claro que en la Constitución española de 1978 el matrimonio y la convivencia extramatrimonial no son realidades equivalentes”, por ser el matrimonio una institución social garantizada por la constitución y un derecho fundamental de contraerlo (art. 32.1), desarrollado mediante ley, lo cual no acontece con la unión de hecho *more uxorio*, que ni es una institución jurídicamente garantizada ni hay un derecho constitucional expreso a su establecimiento.

<sup>9</sup> En ella se reitera la doctrina de los autos 156/1987 y 788/1987, que se recoge más tarde en otras tantas resoluciones, entre ellas la STC 29/1991, de 14 de febrero, y la STC 66/1994, de 28 de febrero.

<sup>10</sup> ESPÍN CÁNOVAS, op.cit., y GÓMEZ SÁNCHEZ, Y.: “Matrimonio y familia: arts. 32 y 39 de la Constitución”, *Revista de Derecho Político*, núm. 36, 1992, p. 218.

<sup>11</sup> Vid. comentario a la misma en PRESNO LINERO, M.A.: “Comentario a la Sentencia 198/2012 del Tribunal Constitucional español sobre el matrimonio entre personas del mismo sexo”, *Revista de Diritti comparati* 1/2018, febrero 2013, disponible en <http://www.diritticomparati.it/comentario-a-la-sentencia-1982012-del-tribunal-constitucional-espanol-sobre-el-matrimonio-entre-pers/> (consultado el 1/7/2018).

<sup>12</sup> Posteriormente a los hechos que fundan el litigio, Francia aprobó su Ley 2013-404, de 17 de mayo de 2013, por el que regula el matrimonio entre personas del mismo sexo.

<sup>13</sup> En ella se afirma que, “en cuanto a la vida privada, el Tribunal reconoce que la relación afectiva y sexual mantenida por el demandante depende de su vida privada, en el sentido del artículo 8.1 del Convenio. En lo relativo a la pensión de viudedad negada al demandante, recuerda, en primer lugar, que el Convenio no garantiza como tal el derecho a pensión (...) A este respecto, el Tribunal considera que, suponiendo incluso que la negativa a reconocer al demandante el derecho a una pensión de viudedad debido al fallecimiento de su pareja constituyera una injerencia en el respeto de su vida privada, ésta estaría justificada en virtud del apartado 2 del artículo 8. El Tribunal considera que “la legislación española ha tenido en cuenta, en cierta medida, la situación de las parejas no casadas en materia de pensión de viudedad, desde el momento en que, en términos de dicha legislación, las personas que convivían maritalmente y que no podían casarse debido a la prohibición del divorcio antes de 1981, se han podido beneficiar de una pensión de viudedad”. Asimismo, tiene en cuenta que el marco jurídico vigente en España en la fecha del litigio no permite el matrimonio entre personas del mismo sexo, única condición válida para acceder a la pensión. El Tribunal considera que se cumple el “fin legítimo” o “proporcionalidad” que exige el art. 14 del convenio, que no es otro que proteger a la familia fundada en el vínculo matrimonial (vid. «mutatis mutandis», Sentencia Marckx contra Bélgica de 13 junio 1979, ap. 40) y “estima que se puede considerar que la distinción en el trato constatada depende del margen de apreciación del Estado (ver, núm. 34615/1997, Dec. 4.3.1998, DR pg. 139; núm. 37784/1997, Dec. 26.1.1999, sin publicar)”, por lo

(...)

precisamente acerca del hipotético derecho de acceder a pensión de viudedad por pareja del mismo sexo antes de que se aprobara la ley 13/2005), reiterándose en la de 23 de febrero de 2016, *asunto Pajic contra Croacia*, que, si bien la jurisprudencia anterior no entendía equiparables la relación afectiva y sexual entre una pareja del mismo sexo como vida familiar, sino únicamente como vida privada, aun en largas relaciones de convivencia, el reconocimiento jurídico y judicial de las relaciones homosexuales estables de facto todavía goza de un amplio margen de apreciación por parte de los Estados, al no ser unánime dicho reconocimiento (*asunto Mata Estevez*), pero sí cuenta con equiparación a la vida familiar de cualquier otro tipo de pareja a partir de la sentencia de 22 de julio de 2010, *asunto P.B. y J.S. contra Austria*, núm. 18984/02, y de 24 de junio de 2010, *asunto Schalk y Kopf contra Austria*, al no existir razón alguna, considerando el avance del reconocimiento de las parejas del mismo sexo en Europa, que justifique tal distinción, “ya que el hecho de no convivir no priva a las parejas en cuestión de la estabilidad que les supone el ámbito de la vida familiar en el sentido del artículo 8” (asuntos *Vallianatos y otros contra Grecia* -sentencia de 7 de noviembre de 2013, Gran Sala- y *Pajic contra Croacia*).

Debe recordarse que, según la interpretación dada al art. 8 CEDH por el TEDH, *abarca elementos como la identificación de género, orientación sexual y vida sexual, que entran dentro de la esfera personal protegida por el artículo 8* (asuntos *E.B. contra Francia* y *Pajic contra Croacia*), y que “el concepto de “familia” bajo esta disposición no está limitado a las relaciones basadas en el matrimonio y puede abarcar otros vínculos de “familia” de facto cuando las partes viven juntas fuera del matrimonio” (*asunto Schalk y Kopf contra Austria*, núm. 30141/04).

Ahora bien, lo que sí mantiene la jurisprudencia del TEDH es que, de otorgar el mismo trato la legislación nacional a parejas de hecho heterosexuales, constituiría discriminación la diferencia de trato basada en el sexo de los miembros de la pareja, por tanto, discriminación por razón de orientación sexual y, por ende, violación del art. 8 del CEDH, que protege el derecho al respeto de la vida privada y familiar (STEDH de 23 de febrero de 2016, *asunto Pajic contra Croacia*<sup>14</sup>), si el Estado demandado no puede justificar tal diferencia de trato<sup>15</sup>.

Por lo que respecta a la acción protectora del sistema de la Seguridad social y a su proyección sobre los hijos de esta unión, la plena equiparación entre las uniones de hecho y las matrimoniales solo puede predicarse de las prestaciones que señalan como directos beneficiarios a los hijos de ambos tipos de uniones, si bien también con las reservas propias del derecho de acrecimiento por ausencia de supérstite con derecho a pensión de viudedad, ya expuestas anteriormente en el apartado dedicado a las familias monoparentales (STC 154/2006 y STS de 9 de junio de 2008, rcud. núm. 963/2007), que, sintéticamente, exigen que la situación sea equiparable a la orfandad absoluta, y, por tanto, concurriendo en el caso de las uniones de hecho, pues lo contrario haría de peor condición a los hijos extramatrimoniales respecto de los matrimoniales. En esta línea se sitúan, entre otras, las sentencias del TSJ de Cataluña núm. 119/2018, de 12 de enero, del TSJ del País Vasco núm. 1100/2012, de 23 de abril, y del TSJ de Madrid núm. 480/2009, de 18 de junio).

---

que concluye que “las decisiones enjuiciadas no constituyen una injerencia discriminatoria en la vida privada del demandante que vulnere el artículo 8 en relación con el artículo 14 del Convenio”.

<sup>14</sup> La sentencia recuerda la doctrina sobre discriminación por razón de orientación sexual, afirmando que “las diferencias basadas en la orientación sexual requieren “razones particularmente convincentes y de peso” a modo de justificación (véase, por ejemplo, *Smith y Grady contra Reino Unido*, núms. 33985/96 y 33986/96, ap. 90, TEDH 1999 VI; *Karner contra Austria*, núm. 40016/98, apds. 37 y 42, TEDH 2003 IX; y *X y otros contra Austria*, precitada, ap. 99)”, afirmando que “cuando la diferencia de trato se basa en el sexo o la orientación sexual, el margen de apreciación del Estado es estrecho (véase *Karner*, precitada, ap. 41 y *Kozak contra Polonia*, núm. 13102/02, ap. 92, 2 de marzo de 2010)”, y que “las diferencias basadas únicamente en consideraciones de orientación sexual son inaceptables al amparo del Convenio (véase *Salgueiro da Silva Mouta contra Portugal*, núm. 33290/96, ap. 36, TEDH 1999-IX; *E.B. contra Francia*, precitada, apds. 93 y 96; *X y otros contra Austria*, precitada, ap. 99; y *Vallianatos y otros*, precitada, ap. 77)”.

<sup>15</sup> Literalmente reza que “en cuanto a la carga de la prueba en relación con el artículo 14 del Convenio, el Tribunal ha declarado que, una vez que el demandante ha demostrado la diferencia de trato, corresponde al Gobierno demostrar que esta está justificada (véase *D.H. y otros contra la República Checa* [GS], núm. 57325/00, ap. 177, TEDH 2007-IV; *Kuric y otros contra Slovenia* [GC], núm. 26828/06, ap. 389, TEDH 2012 [extractos]; y *Vallianatos y otros*, precitada, ap. 85)”.



## 2. UNIONES DE CONVIVENCIA INTERMITENTE

Cada vez son más frecuentes las parejas, e incluso familias, que, formalizando uniones de hecho o matrimoniales, no constituyen una unión convivencial continuada, sino, por el contrario, intermitente, bien sea por motivos profesionales o basados en la distinta residencia y origen de cada uno de los miembros de dicha pareja, lo que provoca la necesidad incluso de mantener hogares conyugales o familiares separados y una convivencia no continuada, sino por periodos temporales, que se compatibilizan con otros sin convivencia. Se trata de periodos prolongados y no esporádicos y ocasionales, que pudieran derivar de estancias concretas por motivos profesionales de uno de los miembros de la unión/familia fuera del hogar familiar (estancias docencias, de investigación, de actuaciones artísticas, deportivas, de pesca y otras tantas posibilidades), sino de una efectiva duplicidad de hogares familiares, sin incluir casos extraordinarios de dobles vidas, no tan frecuentes como el supuesto descrito, que en todo caso sería historias de poligamia, a la que se efectuará referencia más adelante).

La cuestión es: ¿recibe este tipo de vida familiar algún tratamiento legal específico que tenga en cuenta la singularidad de esta duplicidad de hogares familiares? No se trata, obviamente, de los casos que sí considera la legislación tributaria a efectos no precisamente beneficiosos, la doble titularidad de distintas viviendas familiares, sin que todas ellas tengan el carácter de habituales, sino de segundas residencias. No, el caso de las familias que viven separadas “a tiempo parcial” no cuenta con recepción legal alguna. El Derecho ignora las dificultades que la obligada duplicidad de hogares familiares conlleva para la unidad familiar, al margen de las de índole sentimental e incluso logístico. Y esta ignorancia persistente, pese a la realidad relativamente frecuente de estas situaciones en las sociedades contemporáneas, y por ende la española, empuja a este tipo de familias a dificultades derivadas de la aplicación de normas tributarias gravosas, que solo consideran específicamente a las parejas divorciadas o separadas y por tanto a las familias afectadas por la ruptura del vínculo conyugal, fomentando casi el empleo ficticio de la separación legal para obtener la ansiada equiparación a este modelo de familia, sin que, evidentemente, este sea su espíritu. En consecuencia, ninguna solución legal de tutela está prevista para el amparo de este modelo de familia, a la que expresamente la STEDH de 23 de febrero de 2016, *asunto Pajić contra Croacia*, otorga la consideración de familia, refiriéndose a los miembros de una unión de hecho que residen en países distintos.

¿Existe alguna respuesta por parte del sistema de la Seguridad social? La respuesta es negativa, aun cuando pueda entrar en juego el desplazamiento de trabajadores migrantes (cfr. TSJ de Cataluña núm. 4867/2002, de 3 de julio).

En primer lugar, por lo que se refiere a la asistencia sanitaria, para la que se creó la tarjeta sanitaria única (Real Decreto 702/2013, de 20 de septiembre, *por el que se modifica el Real Decreto 183/2004, de 30 de enero, por el que se regula la tarjeta sanitaria individual*, en desarrollo del art. 57 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, *de cohesión y calidad del Sistema Nacional de Salud*), permitirá, al ser válida en todo el Sistema Nacional de Salud, el acceso a los centros y servicios sanitarios del sistema (art. 2.2 del Real Decreto 183/2004, de 30 de enero, *por el que se regula la tarjeta sanitaria individual*).

Cuando la implantación de este sistema identificador único para todo el territorio sea plenamente efectiva, lo cual está previsto tenga lugar el 5 de octubre de 2018 (D.A. única: “siempre que las disponibilidades presupuestarias de las diferentes administraciones públicas competentes lo permitan”), se evitarán paradojas como las que acontecen a las familias anteriormente descritas. Así, la de que, si los hijos dependientes de dos cónyuges y conviviendo con ambos, con una necesaria residencia habitual única, a los exigidos efectos de la cobertura sanitaria, no pueden ser beneficiarios de uno de ellos en distinta comunidad autónoma, en la que tiene su “sede” el otro hogar familiar, cuando se desplacen a la misma, por duplicidad de coberturas en distinta comunidad. Lógicamente, aun no implantado plenamente el sistema de tarjeta sanitaria única, el individuo que se encuentre en esta situación tampoco podría ser beneficiario de la asistencia simultánea en dos comunidades autónomas, puesto que, *de facto*, se topará con la incompatibilidad de ambas coberturas, con obligación de opción solo por una de ellas, únicamente salvada por la

atención sanitaria que pueda prestar la comunidad autónoma sin exigir el “alta” en su sistema cuando se trate de una contingencia común no identificable con la urgencia vital que activaría la protección universal de nuestro sistema sanitario. Véase un ejemplo en el caso de la Comunidad de Madrid, que cuenta con un “Documento de asistencia a desplazados de otras comunidades autónomas”, y cubre el desplazamiento “temporal” de un residente habitual en otra comunidad, pero no quien simultáneamente reside en dos comunidades (Orden 1285/2006, de 22 de junio, del Consejero de Sanidad y Consumo, *por la que se regula la tarjeta sanitaria individual en el ámbito de la Comunidad de Madrid*).

En cuanto a otras prestaciones en las que exija convivencia con el trabajador o con el causante (v.g. prestaciones por muerte y supervivencia), la falta de convivencia efectiva, pero a su cargo, podría ser determinante para causar prestaciones a favor de otros familiares (art. 226.2 a) y art. 22.1 de la OM de 13 de febrero de 1967<sup>16</sup>), por lo que, a tales efectos, también debería interpretarse la convivencia intermitente como efectiva. No lo entienden así, sin embargo, diversas sentencias de suplicación, como la del TSJ de Cataluña núm. 6784/2001, de 4 de septiembre, y núm. 4867/2002, de 3 de julio, o del TSJ de Aragón núm. 1112/2000, de 16 de noviembre, en algunos casos por la condición de migrante del causante.

### 3. POLIGAMIA

La poligamia o unión matrimonial plural o múltiple ha tenido en nuestro Derecho de la Seguridad social cierta repercusión en lo que respecta al ámbito de las prestaciones por muerte y supervivencia, concretamente en el contexto de las pensiones de viudedad. Equiparado a un supuesto de nulidad matrimonial de los matrimonios subsiguientes al único válido conforme a nuestro Derecho y sin que, por razones de orden público, tengan reconocimiento, hoy por hoy, en España este tipo de uniones no monogámicas (arts. 46.2 C.c. y 217 C.p.), lo cierto es que, por lo que respecta al ámbito tratado en estas páginas, la protección a la familia en supuestos especiales, la influencia de esta figura sólo se proyecta sobre las pensiones por muerte y supervivencia, puesto que las prestaciones por maternidad y paternidad solo atienden al nacimiento efectivo de hijos, por lo que, pese a la singularidad del supuesto, nuestro Derecho no impediría causar distintas prestaciones por paternidad, simultáneas o sucesivas, por múltiples embarazos de las distintas esposas o convivientes del trabajador, produciéndose la paradoja de que un mismo trabajador, con la duración vigente del permiso, pudiera estar durante varios meses disfrutando de la prestación, máxime si la disfrutara a tiempo parcial.

No puede decirse lo mismo de la pensión de viudedad, que, como tiene declarado la jurisprudencia consolidada de la sala cuarta, es una única pensión, distribuble entre los distintos posibles beneficiarios concurrentes, lo sean por divorcio o por nulidad matrimonial, supuesto que concurre en el caso de las uniones poligámicas. Pero lo relevante en estas páginas es la hipotética pensión de orfandad que pudiera causar a favor de todos sus hijos, lo cual, sin sobrepasar los límites de su cuantía total en caso de concurrencia de diversos beneficiarios (art. 229.1 LGSS), como ocurre en el caso de que el causante fuera progenitor de familia numerosa monogámica, no es de tal interés como el derecho de acrecimiento respecto de la pensión de viudedad de su progenitora supérstite. En este caso, habría de combinarse, como si de sucesivas uniones monogámicas se tratara, el reparto de la pensión entre las cotitulares de la pensión de viudedad con el derecho que correspondiera como huérfano al hijo de cada una de ellas, de suerte que también estas acrecerían con la parte proporcional que correspondiera a la beneficiaria en caso de que esta falleciera. Lo realmente distorsionante sería el resultado del tratamiento de los hijos

<sup>16</sup> Nietos y hermanos menores, o incapacitados para todo trabajo, huérfanos; padre y abuelos de ambos sexos, así como hermanos de beneficiarios de pensiones contributivas de incapacidad permanente y jubilación, en las condiciones exigidas por el art. 226 LGSS (convivencia con y a cargo del causante, obligación de alimentos -o, según entiende la STS de 15 de octubre de 2015, rcud. núm. 1045/2014, de prestarse auxilio-, y carencia de medios propios de vida, además de acreditar cuidado prolongado al causante, lo cual solo puede corresponderse con su atención en situación de enfermedad grave).

posteriores al de la única unión matrimonial válida bajo nuestro Derecho como hijos de una unión de hecho o bien como una unión nula con los efectos oportunos hacia la descendencia de la misma. Opta por la segunda vía el TSJ de Madrid en sentencias núm. 738/2003, de 26 diciembre, y 342/2005, de 31 de mayo, sobre la base de la buena fe de la contrayente, si bien no se trataba de un caso derivado de la aplicación de la legislación propia de los contrayentes, sino, efectivamente, de un caso de bigamia con contrayente supérstite de buena fe. Por el contrario, el TSJ de Galicia de 2 de abril de 2002 (rec. núm. 4795/1998), en este caso sobre el supuesto analizado, esto es, la poligamia válidamente constituida en el país de origen del causante, parte del ausente sistema de reconocimiento de matrimonios contraídos en el extranjero, al que aplicar por analogía lo previsto en los arts. 49.2 y 50 C.c. para los contraídos en España entre extranjeros, y, por tanto, de la validez de tales matrimonios si fueron válidamente celebrados conforme al Derecho del país de su celebración, por aplicación de la ley personal de los contrayentes extranjeros. Bajo estos parámetros, procede el reparto de la pensión de viudedad como si de matrimonios múltiples válidos se tratara, y el acrecimiento de todos aquellos huérfanos cuando efectivamente no exista viuda con derecho a la pensión, sin diferencias de trato.

## VI. FORMAS ASISTIDAS DE ACCESO A LA MATERNIDAD Y A LA PATERNIDAD

### 1. TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA

Los distintos modos de acceder a la maternidad alumbrados por las postrimerías del siglo XX y el presente siglo XXI no cuentan con un acomodo claro todavía en los sistemas de protección social, y el español no es una excepción.

Las técnicas contemporáneas de reproducción asistida<sup>17</sup> han experimentado una notable expansión desde su primer intento en 1973<sup>18</sup> y su primer éxito en 1978 de la mano de Robert G. Edwards (Premio Nobel de Fisiología y Medicina 2010). Su reflejo legal (Ley 14/2006, de 26 de mayo, *sobre técnicas de reproducción humana asistida*) y jurisprudencial se traduce en la equiparación plena de la gestación, sea cual sea la pareja de progenitores o progenitoras o la mujer que en solitario se acoge a ellas para alcanzar la maternidad (art. 7<sup>19</sup>), pero en la exclusión de tal consideración respecto del donante de los gametos (SSTC 289/1993 y 114/1997)<sup>20</sup>, posibilidad finalmente admitida por el art. 10 de la Ley 14/2006 (que se refiere a la “gestación por sustitución”), lo que posibilitaría el acceso a la paternidad, pero no así a las prestaciones ligadas a la suspensión de la actividad o el contrato de trabajo con motivo de la atención del recién nacido si no existe convivencia ni acreditación de tal atención efectiva al neonato. No obstante, la legislación de Seguridad social, como la laboral, no se pronuncian a este respecto, remitiéndose a la legislación civil, lo que supondría que, de reconocerse efectivamente tal paternidad al amparo del art. 10 de la ley, habría de reconocerse también el derecho a la prestación de la Seguridad social y la correspondiente licencia. Conclusiones que serían igualmente válidas si el supuesto en concreto fuera el de paternidad por subrogación, aunque en este caso podría concurrir un paradójico triángulo de titulares del derecho: la pareja de progenitores por subrogación junto con la gestante, si el donante fue el padre subrogado, e incluso cuadrangular, si no fue así. Sin embargo, como se

<sup>17</sup> Vid. las distintas modalidades en LLEDÓ YAGUE, F. y OCHOA MARIETA, C. (dirs.) y MONJE BALMASEDA, O. (coord.): *Comentarios científico-jurídicos a la Ley sobre técnicas de reproducción humana asistida*, Ed. Dykinson, Madrid, 2007.

<sup>18</sup> Vid. <http://www.vitafertilidad.com/blog/actualidad/historia-reproduccion-asistida.html>

<sup>19</sup> El citado precepto establece literalmente que “cuando la mujer estuviere casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer, esta última podrá manifestar conforme a lo dispuesto en la Ley del Registro Civil que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge”.

<sup>20</sup> El Tribunal Constitucional, en su sentencia 116/1999, de 17 de junio, del pleno, ha sostenido que “las técnicas de reproducción asistida reguladas en la Ley no implican, por sí mismas, un menoscabo de su protección constitucional ni, por lo tanto, del principio establecido en el art. 39.1 CE. Es por ello perfectamente lícito, desde el punto de vista constitucional, la disociación entre progenitor biológico y padre legal que sirve de fundamento a ciertas reglas contenidas fundamentalmente en los arts. 8 y 9 de la Ley” [35/1988, por la que se regulan las técnicas de reproducción asistida humana].”

verá seguidamente, en tanto nuestra legislación no concede la condición de progenitores a los subrogados, la relación real sería meramente bilateral a los efectos de la legislación social.

La legislación social ha sufrido idéntico avance en cuanto respecta al nacimiento de hijos, pero no así respecto del proceso de gestación, que no ha sido absolutamente normalizado, por su aproximación a las situaciones de incapacidad temporal en lugar de a la maternidad biológica<sup>21</sup>. Y ello porque, por lo que respecta a los modos de acceder a la maternidad o a la paternidad, la remisión de la legislación laboral y de la seguridad social a la civil solo cubre las figuras de la adopción y el acogimiento, equiparando le situaciones definidas, pero no la maternidad o paternidad biológicas, para las que no existe ni definición ni remisión, sino referencia explícita al “parto” (arts. 45. 1 d y 48.4 y 5 ET, y art. 49 a y b de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, así como 2.2 del RD 295/2009, de 6 de marzo, *por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural*).

Las técnicas de reproducción asistida cuentan con respaldo legal y jurisprudencial en la mayoría de los casos, con la importante excepción de la gestación subrogada, esto es, pues, cuando no hay interposición de tercera persona en la gestación, aunque sí la haya en la cesión de óvulos o esperma para la concepción. Son los Derechos nacionales quienes otorgan ese reconocimiento legal, en el que los tribunales europeos no pueden incidir<sup>22</sup>. Por lo que respecta al Derecho español, la norma de referencia es el art. 7 de la Ley 14/2006, que atribuye en su apartado tercero la filiación del hijo nacido de su cónyuge en el caso de mujeres casadas (y no separadas) con otra mujer, pero no predica el mismo efecto de las parejas de hecho, lo que abre una brecha a la discriminación entre ambos tipos de parejas en lo que respecta al reconocimiento de otros derechos, como sería el caso de las prestaciones por maternidad. Problema que solventa el propio art. 48.4 ET al reconocer indistintamente el derecho a suspender el contrato, y con ello la prestación de la Seguridad social, tanto en un caso como en otro, pues no se trata tanto de determinar la filiación (finalidad de la norma civil) como de procurar la atención necesaria al neonato (fin del permiso y de la prestación en el marco de la legislación social).

## 2. GESTACIÓN “SUBROGADA” O “POR SUSTITUCIÓN”

La revolución de la gestación por subrogación ha llegado a nuestra sociedad, a nuestras vidas, pero no así a nuestra legislación. No, al menos a la española. En efecto, el art. 10 de la Ley 14/2006, sobre técnicas de reproducción humana asistida, declara la nulidad del *contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero*, de acuerdo con la prohibición del art. 1271 C.c. de contratar sobre cosas que están fuera de comercio, reconociendo la maternidad a la mujer gestante. Por su parte, el Código penal tipifica en su art. 221 tal conducta, tanto en relación con la gestante como con el intermediario y el receptor o receptores, en el marco del capítulo II, dedicado a los delitos “de la suposición de parto y de la alteración de la paternidad, estado o condición del menor”. Opción que se sitúa en la línea declarativa del Parlamento Europeo, cuya Resolución, de 17 de diciembre de 2015, relativa al «Informe anual sobre los derechos humanos y la democracia en el mundo (2014) y la política de la Unión Europea al respecto», condena esta práctica, coherentemente con la recomendación relativa a la prostitución, por representar ambas formas de mercantilización

<sup>21</sup> BALLESTEROS HERNÁNDEZ, M.: “El contrato de trabajo frente a los tratamientos de reproducción asistida: la fecundación in vitro y la gestación subrogada”. *Nueva revista española de derecho del trabajo*, núm. 205, 2018, pp. 167-195.

<sup>22</sup> RUIZ-RICO RUIZ, G.: “La problemática constitucional derivada de las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA): el caso de la maternidad subrogada”. UNED. *Revista de derecho político*, núm. 99, mayo-agosto 2017, p 57. Según afirma el autor, “de este modo se puede llegar perfectamente a la paradoja de que el derecho a procrear, entendido como libertad que forma parte de la esfera de la autonomía individual, carece –en casos de disfunciones biológicas (o cuando se trata de parejas homosexuales)– del «derecho instrumental» sin el cual es imposible asegurar aquélla”, legitmando así “soluciones diversas en función de la tradición cultural y jurídica nacional”.

humana contrarias a los derechos de las mujeres<sup>23</sup>. No así la mayoría de los ordenamientos jurídicos europeos, que reprochan la interposición de vida humana y los derechos de la infancia, pero no la cosificación de la mujer en sí<sup>24</sup>.

Su prohibición en España lleva a los interesados a acudir a aquellos países donde el contrato que permite la adquisición de la condición de progenitor es plenamente válido (cfr. Estados Unidos, Grecia, Rusia, Ucrania), y a contar con los servicios jurídicos especializados en este ámbito<sup>25</sup>, para obtener declaración de filiación legal y posterior inscripción de la misma en el Registro civil correspondiente (al amparo del art. 96.2 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, *del Registro civil*) y, en consecuencia, recabar a su llegada al país la protección correspondiente del sistema de la Seguridad social. La STS de 6 de febrero de 2014, sala primera (rec. 245/2012), niega la posibilidad de tal inscripción, derivada de la invalidez del contrato que sustenta la filiación y las razones de orden público, entre las cuales se encuentra el art. 10 de la Ley 14/2006<sup>26</sup>. Pero admite las formas permitidas en nuestro Derecho, como son el acogimiento y la adopción, a las que se remite el art. 2.2 del RD 295/2009, regulador de las prestaciones por maternidad y paternidad, que considera “jurídicamente equiparables a la adopción y al acogimiento preadoptivo, permanente o simple, aquellas instituciones jurídicas declaradas por resoluciones judiciales o administrativas extranjeras, cuya finalidad y efectos jurídicos sean los previstos para la adopción y el acogimiento preadoptivo, permanente o simple...”

Por consiguiente, la prestación ligada a la situación de suspensión del contrato o actividad con motivo de la llegada del menor a España debía esperar, bajo esta doctrina, a que se formalizara alguna de ambas figuras, postergación igualmente admitida tanto por la legislación laboral como, consecuentemente, por la de Seguridad social. Sin embargo, los pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos *Menesson contra Francia* y *Labassee contra Francia* (asuntos 65192/11 y 65941/11) modificaron la respuesta del ordenamiento jurídico español a través de la Circular de 11 de julio de 2014, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, declarando la vigencia de su Instrucción anterior, de 5 de octubre de 2010<sup>27</sup>, que ya había admitido tal inscripción bajo tres premisas: que la gestación haya tenido lugar al amparo de una legislación que lo autorice, que uno de los progenitores sea español y que se hubiera dictado una resolución judicial firme por el tribunal del país de origen, a la que el auto del TS de 2 de febrero de 2015 añade una cuarta reserva: que uno de los progenitores sea el padre biológico del menor. Con este pronunciamiento menor, en realidad el Tribunal Supremo parece estar dando validez al contenido de la instrucción y, por tanto, admitiendo la interpretación dada, acorde con la Ley del registro civil, posterior a la misma, en cuanto se dictó en el año 2011, que más tarde se explicitó en la STS núm. 881/2016, de 25 octubre (así como la de 30 de noviembre del mismo año, rcud. 3219/2015)<sup>28</sup>, apostando por una vía más pragmática, ajena a la validez o no de la adquisición de la

<sup>23</sup> Existe también una Propuesta de resolución de 15 de abril de 2016 sobre la gestación subrogada como un riesgo para los derechos de las mujeres y de los niños (consultada en <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+MOTION+B8-2016-0694+0+DOC+XML+V0//ES> el 30 de julio de 2018).

<sup>24</sup> Vid. al respecto NUÑO GÓMEZ, L.: “Una nueva cláusula del Contrato Sexual: vientres de alquiler”. *Isegoría: Revista de filosofía moral y política*, núm. 55, 2016, pp.683-700.

<sup>25</sup> Cfr. el despacho barcelonés asesor en gestación por subrogación, <https://gestlifesusrogacy.com/maternidad-subrogada/> o la feria de empresas presencial y virtual para contactar con la empresa “más adecuada”, <https://surrofair.com/es/que-es-surrofair/>, gestionada por la comunidad “babygest”, <https://www.babygest.es/>.

<sup>26</sup> Y ello porque el contrato que fundamenta el uso de este tipo de técnicas reproductivas «vulnera la dignidad de la mujer gestante y del niño, mercantilizando la gestación y la filiación, cosificando a ambos, permitiendo a determinados intermediarios realizar negocio con ellos, posibilitando la explotación del estado de necesidad en que se encuentran mujeres jóvenes en situación de pobreza y creando una especie de ciudadanía censitaria en la que solo quienes disponen de elevados recursos económicos pueden establecer relaciones paterno-filiales vedadas a la mayoría de la población».

<sup>27</sup> Vid. un comentario a la misma en CALVO CARAVACA, A.L.-CARRASCOSA GONZÁLEZ, J.: “Notas críticas en torno a la instrucción de la Dirección general de los Registros y del Notariado de 5 octubre 2010, sobre régimen registral de la filiación de los nacidos mediante gestación por sustitución”. *Cuadernos de Derecho Transnacional* (marzo 2011), Vol. 3, núm. 1, pp. 247-262. ISSN 1989-4570 - [www.uc3m.es/cdt](http://www.uc3m.es/cdt).

<sup>28</sup> La sentencia y el supuesto en sí han sido objeto de un extensa literatura ius-laboralista, entre quienes se encuentran los siguientes: BASTERRA HERNÁNDEZ, M.: “El contrato de trabajo frente a los tratamientos de reproducción asistida: la

maternidad o la paternidad, y volcada en la finalidad que cubren tanto los “permisos” por maternidad y paternidad como las prestaciones económicas ligadas a la ausencia del puesto de trabajo con fines de guarda del menor. Y esta finalidad nuclear de la prestación se cumple (es más, debe ser atendida) sea cual sea la forma jurídica aplicada para acceder a la maternidad o a la paternidad y su hipotética nulidad.

El cuidado del menor justifica tanto el reconocimiento del derecho en el ámbito laboral o funcional, y en el de la Seguridad social, como una eventual duplicación de permisos y prestaciones si acontece la nulidad efectiva de la filiación y tiene lugar un posterior acogimiento o adopción por distintos progenitores, como sucede en el caso enjuiciado por la STEDH en el asunto *Paradisio*, que se comentará más adelante. Pero, por lo que respecta al nacimiento de la prestación, si esta se vincula al parto y no a la adopción, ha de estarse a la fecha efectiva del parto, conforme a lo previsto en el art. 48.4 ET (y 8.1 RD 295/2009), y no a la de la adopción, al no concurrir esta figura. Sin embargo, por analogía con el supuesto de fallecimiento de la madre, que en este caso es de carácter civil como consecuencia de la renuncia a la maternidad, según lo dispuesto en el art. 48.4 ET, los progenitores podrán “hacer uso de la totalidad o, en su caso, de la parte que reste del periodo de suspensión, computado desde la fecha del parto, y sin que se descuente del mismo la parte que la madre hubiera podido disfrutar con anterioridad al parto”. ¿Cómo interpretar esta disposición si la madre gestante no disfrutó de ningún periodo de descanso tras el parto? Por analogía con el fallecimiento en el parto, detrayendo el resto del periodo al padre. Lo que se deduciría de este supuesto, con la literalidad de la ley, es que no cabría reparto entre progenitores, sino el disfrute íntegro por el padre biológico o legal. Pero la admisión jurisprudencial del derecho permite forzar el reparto entre ambos progenitores, en tanto no se cuestiona su origen civil sino su finalidad, la atención efectiva del recién nacido<sup>29</sup>. Lo que no cabría, si se excluye la aplicación de la figura de la adopción, es el disfrute anticipado del derecho a la fecha del parto<sup>30</sup>. Por otra parte, si bien el supuesto habitual es el de la *gestación subrogada internacional*, el propio reconocimiento de esta práctica excluye el reconocimiento del derecho a la prestación a la madre gestante<sup>31</sup>, si bien, con independencia de la nulidad del contrato de cesión de tal maternidad, si el parto se produce en España, la tutela de la salud de la madre no podría impedir que fuera titular del derecho a las preceptivas seis semanas de descanso postparto, en atención a la finalidad biológica que este cumple y que no se refiere al recién nacido sino a la gestante, de acuerdo con la finalidad de la Directiva 92/85, que impediría denegar el derecho a

---

fecundación "in vitro" y la gestación subrogada". *Nueva revista española de derecho del trabajo*, núm. 205, 2018, pp.167-195; CERVILLA GARZÓN, M.J.: “Gestación subrogada y derecho a prestación por maternidad. A propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de octubre de 2016”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 2017, pp. 131-138; GARCÍA VALVERDE, M.D.: “Gestación por sustitución. Necesidad de una respuesta jurídica a una realidad social”. *Revista de Seguridad Social*, núm. 16, 2018 (en prensa); MERCADER UGUINA, J.: “La creación por el Tribunal Supremo de la prestación por maternidad subrogada: a propósito de las SSTs de 25 de octubre de 2016 y de 16 de noviembre de 2016”. *Cuadernos de derecho transnacional*, Vol. 9, núm. 1, 2017, pp.454-467; MOLINA MARTÍN, A.: “Una ordenación adaptada a la protección social de la maternidad-paternidad por subrogación”. *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, núm.16, 2017; MOLINA NAVARRETE, C.: “Prohibida la "nacional", ¿protegemos la "gestación/maternidad subrogada internacional" con prestaciones sociales?, *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, núm. 406, 2017, pp. 199-210; OLARTE ENCABO, S.: “La protección social por maternidad en supuestos de gestación subrogada: ¿la antelada de un cambio jurisprudencial? A propósito de la STSJ País Vasco (social) de 13 de mayo de 2014”. *Revista de derecho de la seguridad social*, núm. 2, 2015, pp. 129-141; RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.-MARTÍNEZ BARROSO, M. R.: “El Tribunal Supremo ante la "gestación por sustitución": reconocimiento de prestaciones por maternidad derivadas de un negocio jurídico nulo y la necesaria tutela del interés del menor”, *Derecho de las relaciones laborales*, núm. 2, 2017, pp. 153-165.

<sup>29</sup> Se acepta, asimismo, el disfrute íntegro de la prestación por parte del padre biológico mediante contrato de gestación por sustitución en el que no se había aportado material reproductivo por parte de la madre gestante, que renunció a todos los derechos derivados de la maternidad en su favor (STS) de Madrid núm. 51/2018, de 26 de enero).

<sup>30</sup> BALLESTEROS HERNÁNDEZ, M.: “El contrato de trabajo. .”, op.cit., p. 187.

<sup>31</sup> Esta es la tesis de SELMA PENALVA, A., «Los nuevos retos de la prestación por maternidad ante los avances médicos en materia de reproducción asistida», *Revista Bioderecho.es*, vol. 1, núm. 1, 2014, p. 5.

dicha madre biológica en el improbable caso de que la gestación y el parto hubieran tenido lugar en España (lo que derivaría en lo que DÍAZ MARTÍNEZ denomina “doble maternidad”<sup>32</sup>).

Prescindiendo de las consideraciones éticas y morales en las que se debate la jurisprudencia de la sala civil citada (pues no es este el lugar para entrar en dicho análisis<sup>33</sup>), relativas a la cosificación de las mujeres gestantes y el de mercantilización de los menores, el principio jurídico del interés superior del menor, o el orden público nacional e internacional, entre otras (ya aludidas anteriormente), en el terreno fáctico, como en el jurisprudencial, la filiación derivada de un contrato de gestación otorgado y ejecutado en un país cuya legislación lo admita está recibiendo también el *placet* civil para su inscripción en el Registro civil, pero ello no es óbice para una eventual reconsideración del criterio aplicable, en tanto no ha sido elevado a rango de ley. Esta puerta a su impugnación podría poner en riesgo la propia validez del reconocimiento de la prestación de la Seguridad social ligada a la suspensión del trabajo o la actividad con motivo de la llegada del menor, una vez hubiera ya sido disfrutado, exponiendo al riesgo de reintegro de prestaciones indebidamente percibidas<sup>34</sup> por un periodo de suspensión que ya ha sido disfrutado y cubierto válidamente vía prestación económica del art. 177 LGSS. No así de la propia situación, sí debidamente disfrutada, que, por tanto, ninguna consecuencia habría de tener en el terreno de la relación de trabajo. Sin embargo, la validación por parte del Tribunal Supremo en la más reciente de las sentencias citadas de este derecho lo convierte en incuestionable, aunque, naturalmente, al albur de una aclaración legal explícita, en un camino inverso al que siguió la ley portuguesa, invalidada por su Tribunal Constitucional<sup>35</sup>. Se impone, en cualquier caso, un análisis casuístico<sup>36</sup>, que huya de un criterio generalizador que tampoco acepta el Tribunal Supremo en las sentencias reseñadas.

Por lo que respecta a la jurisprudencia comunitaria como la del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en este tema, la respuesta ha sido contradictoria.

En primer lugar, la jurisprudencia comunitaria ha declarado que no se incluye el supuesto de la gestación subrogada (SSTJUE de 18 de marzo de 2014, asuntos C-363/12, *Z contra Government department and the Board of management of a community school*, y C-167/12, *C. D contra S. T*). Pero el argumento en el que se basa esta negativa es plenamente coherente con otros pronunciamientos, aparentemente dispares, pues diferente es la norma aplicada y el objetivo de la misma. En este caso, la norma aplicable es la Directiva 92/85, que protege a la madre gestante, ergo a la que ha renunciado, mediando el contrato correspondiente otorgado fuera del Estado donde se pretendía hacer valer el derecho, a la filiación biológica sobre la que se sustenta el derecho a suspender el contrato con motivo del parto. Y es aquí donde el TJUE se pronuncia en sentido negativo respecto a la concesión del permiso de maternidad a la madre no gestante, puesto que esta no requiere medidas de tutela a su salud tras el parto (como tampoco durante el intento de gestación por técnicas de reproducción asistida, STJUE de 26 de febrero de 2008, asunto *Sabine Mayr y Bäckerei und Konditorei Flöckner OHG*, pero en este caso sí su posible discriminación por razón de sexo<sup>37</sup>), ni tampoco se incurre en discriminación por razón de sexo, al recibir el mismo trato

<sup>32</sup> DÍAZ MARTÍNEZ, A., «La doble maternidad legal derivada de la utilización de Técnicas de Reproducción Humana Asistida», en *Derecho Privado y Constitución*, núm. 21, 2007.

<sup>33</sup> Vid. al respecto BELLVER CAPELL, V.: “¿Nuevas tecnologías? viejas explotaciones. El caso de la maternidad subrogada internacional”, en *Revista de Filosofía*, núm. 11, 2015, pp. 19-52; y LÓPEZ GUZMÁN, J., y APARISI MIRALLES, A.: “Aproximación a la problemática ética y jurídica de la maternidad subrogada”, en *Cuadernos Bioéticos*, XXIII, 2012/2.<sup>a</sup>, pp. 253 y ss.

<sup>34</sup> En esta línea, la STSJ de la Comunidad Valenciana núm. 1323/2016, de 14 de junio, entiende procedente el reintegro de prestaciones indebidamente percibidas derivadas de una orfandad alterada por el reconocimiento posterior de su paternidad.

<sup>35</sup> Vid. al respecto VELA SÁNCHEZ, A.J.: “Y el sueño se convirtió en pesadilla: el Tribunal Constitucional Portugués declara la inconstitucionalidad de la legislación sobre gestación por sustitución (I)”, *Diario La Ley*, núm.9237, 2018.

<sup>36</sup> RUIZ-RICO RUIZ, G.: “La problemática...”, op.cit., p. 66.

<sup>37</sup> Es el caso enjuiciado por la STS de 4 de abril de 2017 (rec. 3466/2015), que declara nulo el despido de una trabajadora concurrente con su sometimiento a técnicas de reproducción asistida, partiendo de que, de acuerdo con la doctrina

ambos progenitores. Tampoco vulnera la Directiva 2000/78 (directiva antidiscriminación) la denegación del derecho en virtud de la equiparación de la imposibilidad para gestar de la trabajadora con la discapacidad tutelada por la citada norma, pues su situación en sí no la expone a dificultad alguna que le impida su participación plena en el mercado de trabajo.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, por su parte, entiende que se trata de una competencia interna de los Estados en los que no cabe entrar, ni pronunciarse siquiera sobre un modelo de filiación común, pero que sí debe valorarse si se conculca o no el art. 8 del Convenio europeo de derechos humanos, sobre la base del principio del interés superior del menor y la tutela a su vida privada, en el marco de las relaciones paterno-filiales, por lo que el tribunal da prioridad al vínculo biológico y a la efectiva convivencia familiar (en el caso *Paradiso y Campanelli c. Italia* no existía el primero y el segundo lo entendió débil o breve). En esta línea doctrinal, el citado tribunal consideró una vulneración del art. 8 del Convenio europeo de derechos humanos por parte del estado francés en los asuntos *Mennesson contra Francia* y *Labassee contra Francia*, ambas de 26 de junio de 2014<sup>38</sup>, precisamente a partir del argumento de que la denegación de la inscripción en el Registro Civil perjudicaba el derecho a la identidad de los recién nacidos, por ser hijos biológicos de los padres “subrogados” (en la misma línea, por tanto, de la STS de 6 de febrero de 2014). Por idénticas razones, Francia vuelve a ser condenada en los asuntos *Foulon* (demanda 9063/14) y *Bowet* (demanda 10410/14), de 21 de julio de 2016.

En cambio, en el asunto de 24 de enero de 2017, *Paradiso y Campanelli c. Italia*<sup>39</sup>, el TJUE valida, revocando su propia sentencia anterior de 27 de enero de 2015, la decisión interna de prohibir la inscripción del menor, porque ni concurre tal filiación biológica, ni la convivencia se había prolongado en el tiempo, naciendo el perjuicio para el menor de la propia conducta negligencia e ilegal de los progenitores de intención y la consiguiente legitimidad del Estado italiano para adoptar una decisión equilibrada entre la salvaguarda de su propio orden público y el interés del menor<sup>40</sup>. En definitiva, lo que no se admite es el *contrato de compraventa del menor*, pero sí el de cesión perpetua de la madre al padre de todo derecho sobre el hijo mediante contrato. Esta línea roja es compartida, como se ha visto, por el Tribunal Supremo español.

### 3. FECUNDACIÓN *POST MORTEM*

Las técnicas de reproducción asistida también permiten la fecundación post mortem en virtud de material genético de progenitor fallecido<sup>41</sup>.

Sin entrar en valoraciones jurídicas de orden civil, lo cierto es que en el ámbito de la Seguridad social y por lo que respecta a las prestaciones por maternidad, no constituye impedimento ni condicionante alguno, en cuanto la situación se asimilará a la de la maternidad monoparental.

En el marco de las prestaciones por muerte y supervivencia, y pese a que el art. 224 LGSS sólo se refiere a hijos nacidos<sup>42</sup> y no a los póstumos (tampoco lo hace el reglamento de las prestaciones

comunitaria citada, solo las mujeres pueden someterse a este tipo de tratamientos y, por consiguiente, solo ellas pueden ser objeto de medidas reactivas empresariales que incurran, por tanto, en discriminación basada en el sexo.

<sup>38</sup> Vid. un comentario a dicha resolución en FLORES RODRÍGUEZ, J.: “Vientres de alquiler: más cerca de su reconocimiento legal en Europa. Comentario a la STEDH de 26 de junio de 2014, recurso núm. 65192/11”, en *La Ley*, núm. 8363, julio, 2014.

<sup>39</sup> Vid. un comentario a la misma en VELA SÁNCHEZ, A.J.: “¿Ha variado el TEDH su Doctrina favorable a los convenios de gestación por sustitución realizados en países que legalmente los permiten? A propósito de la Sentencia de la Gran Sala del TEDH de 24 de enero de 2017. Diario *La Ley*, núm. 8953, 2017.

<sup>40</sup> MARTÍNEZ DE AGUIRRE, C.: “El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, sobre Maternidad Subrogada”. Escritos jurídicos TFW producido por el área de derecho de The Family Watch, presidida por el citado autor, asimismo Presidente de The Family Watch y de la Internacional Academy for the study of the Jurisprudence of the Family, número 4/2017. Disponible en [https://www.bioeticaweb.com/wp-content/uploads/2017/04/Maternidad\\_subrogada.pdf](https://www.bioeticaweb.com/wp-content/uploads/2017/04/Maternidad_subrogada.pdf) (consultado el 4 de julio de 2018).

<sup>41</sup> GÁMIZ SANFELIU, M.: “Reflexiones sobre la fecundación *post mortem*. Cuestiones interpretativas del artículo 9 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida”, *AC*, núm. 10/2009, 16/31-5-2009, p. 4/25 de la versión electrónica ([www.laleydigital.es](http://www.laleydigital.es)).



por muerte y supervivencia, aprobado por la Orden Ministerial de 13 de febrero de 1967), la aplicación del art. 29 del C.c. ha salvado dicha laguna, bajo las condiciones del art. 30 C.c. (supervivencia durante veinticuatro horas).

Sin embargo, esta previsión alcanza únicamente a los hijos póstumos, sin que otro tipo de hijos nacidos de gestación post mortem sean directamente aludidos, a partir de la propia filosofía de la prestación, que es la de subvenir al mantenimiento de los hijos dependientes del causante, y no lo serían si no hubieran sido ya concebidos en la fecha de su fallecimiento. No obstante, dos argumentos pueden, aparentemente, jugar en contra de esta conclusión: a) el concepto de “concepción” (en terminología de ZARRALUQUI, “concepturus” sería el preembrión<sup>43</sup>), que, mediante técnicas de reproducción humana asistida, puede entenderse equivalente a la existencia de los preembriones, aunque el art. 9.1 de la Ley 14/2006 dispone expresamente que “no podrá...reconocerse efecto o relación jurídica alguna entre el hijo nacido por la aplicación de las técnicas reguladas en esta Ley y el marido fallecido cuando el material reproductor de este no se halle en el útero de la mujer en la fecha de la muerte del varón”; b) que, como dispone el propio art. 9.2 de la ley citada, “el marido podrá prestar su consentimiento, en el documento a que se hace referencia en el artículo 6.3, en escritura pública, en testamento o documento de instrucciones previas, para que su material reproductor pueda ser utilizado en los doce meses siguientes a su fallecimiento para fecundar a su mujer. Tal generación producirá los efectos legales que se derivan de la filiación matrimonial”. En consecuencia, y por lo que a la pensión de orfandad respecta, desde la legislación civil sería posible causar una pensión si la fecundación ya se había producido en la fecha del hecho causante o si, consintiéndolo este por los medios fehacientes descritos en el art. 9.2 de la Ley 14/2006 (incluida la presunción legal derivada de su voluntario sometimiento a un proceso de reproducción asistida ya iniciado para la transferencia de preembriones constituidos con anterioridad al fallecimiento del marido), dicha fecundación (o transferencia de embrión) tuviere lugar en los doce meses siguientes al óbito y hubiera mediado matrimonio legal<sup>44</sup>. En su apartado tercero, el precepto reconoce el mismo derecho al “varón no unido por vínculo matrimonial” a los efectos de incoar el expediente del art. 44.8 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, sin perjuicio de la acción judicial de reclamación de paternidad. Pero excluye a las parejas de hecho del mismo sexo, por la imposibilidad de determinar filiación biológica alguna en este caso, que deberá obtenerse vía adopción. Y, evidentemente, en cuanto respecta a la pensión de orfandad, excluye la fecundación por implantación de material reproductivo de donante distinto al causante<sup>45</sup>. Tampoco se alude a la posibilidad de que sea el viudo quien, habiendo sido autorizado por la causante, en los términos del art. 11 de la Ley 14/2006, utilice los preembriones para la fecundación de otra mujer con la que contraiga nuevas nupcias, aunque el hijo nacido con posterioridad podría ser hipotéticamente acreedor de la pensión de orfandad causada por aquella, en el caso de que civilmente se admitiera su filiación post mortem, como expresamente se admite para la viuda. Sin embargo, el supuesto sería asimilable a la gestación por sustitución (por ser la

<sup>42</sup> El art. 224 LGSS dispone que “tendrán derecho a la pensión de orfandad, en régimen de igualdad, cada uno de los hijos del causante, cualquiera que sea la naturaleza de su filiación, siempre que, al fallecer el causante, sean menores de veintinueve años o estén incapacitados para el trabajo...” (apartado 1)”.

<sup>43</sup> ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L: *Derecho de familia y de la persona*. Bosch, Barcelona, 2007.

<sup>44</sup> Debe tenerse en cuenta que la legislación civil propia de ciertas comunidades autónomas puede disponer otros plazos o efectos. Es el caso de la catalana, cuya Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, dispone en su art. 235-8.2, regulador de la fecundación asistida de la mujer casada, que “en la fecundación asistida practicada después del fallecimiento del marido con gametos de este, el nacido se tiene por hijo suyo si se cumplen las siguientes condiciones: a) Que conste fehacientemente la voluntad expresa del marido para la fecundación asistida después del fallecimiento. b) Que se limite a un solo caso, incluido el parto múltiple. c) Que el proceso de fecundación se inicie en el plazo de 270 días a partir del fallecimiento del marido. La autoridad judicial puede prorrogar este plazo por una justa causa y por un tiempo máximo de 90 días”.

<sup>45</sup> Vid. al respecto RODRÍGUEZ GUITIÁN, A.M.: *Reproducción Artificial Post Mortem. Análisis del artículo 9 de la Ley 14/2006 de 26 de mayo sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013; y VERDERA SERVER, R.: “Artículo 7 y 8. Filiación de los hijos nacidos mediante técnicas de reproducción asistida”, en COBACHO GÓMEZ, J.A. (Dir.); INIESTA DELGADO, J.J. (Coord.): *Comentarios a la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*, Cizur Menor (Navarra), Thomson-Aranzadi, 2007.

gestante y la titular del preembrión crioconservado diferentes personas), lo que, como ya se ha analizado anteriormente, no sería admitido en nuestro Derecho. En cualquier caso, de no mediar consentimiento del causante o no concurrir alguna de las situaciones expresamente admitidas, no se desplegaría la acción protectora de la Seguridad social, condicionada a que quede acreditada la condición de hijo del potencial beneficiario de la prestación.

Llegados a este punto, y admitida en tales circunstancias la filiación y sus efectos jurídicos, la cuestión es si estos pueden alcanzar al ámbito de las prestaciones de la Seguridad social. La legislación reguladora de las prestaciones de la Seguridad social, y, en particular, de la pensión de orfandad, no proporciona ninguna respuesta. Tampoco existen supuestos judicializados a los que nuestra jurisprudencia haya podido dar solución, más allá de los casos de nacimiento de hijos póstumos, como el de la STSJ de Cataluña núm. 1825/2003, de 14 de marzo, que no se centra tanto en el reconocimiento del derecho a la prestación del hijo póstumo como en los efectos de tal declaración, sobre los que se reflexionará seguidamente.

Como se ha expuesto, atendiendo a la finalidad de estas prestaciones, su objeto quedaría desvirtuado por la fecundación, gestación y nacimiento a título póstumo, considerando que el sistema de la Seguridad social no protege situaciones de futuro o hipotéticas, sino, en lo que respecta a este caso, la situación en la que quedan los supervivientes a la muerte del causante. El no concebido no queda en situación alguna más allá de la libre disposición del causante acerca de su paternidad futura, que no admite disposición inter vivos ni mortis causa. Por otra parte, la libre voluntad del causante sí puede dar lugar a situaciones protegidas por el sistema de la Seguridad social, dentro del ámbito de la buena fe y sin incurrir en causa de denegación o anulación de la prestación, que no sería el caso de las de orfandad, no vinculadas, en principio, a actos fraudulentos. ¿Podría considerarse como tal la “compra” de una pensión por la vía de la fecundación post-mortem del causante? (lógicamente la fecundación por otro donante sería un caso de acceso fraudulento a la prestación si se falseara dicho origen, como lo sería la falsedad en cualquier otro documento que franquease el acceso a la pensión). Como quiera que la ley limita la posibilidad de la fecundación *post mortem* al periodo de los doce meses siguientes al deceso, esta podrá tener lugar una sola vez, si fuere exitosa, o a lo que biológicamente permita el protocolo médico aplicable<sup>46</sup>. (Obviamente en el caso de que la concurrencia de beneficiarios no provocara la superación del límite máximo de la cuantía a percibir en total prevista en el art. 229 LGSS y en especial su apartado tercero).

Por otra parte, la viuda podría utilizar esta vía para el acceso (¿fraudulento?) a la pensión de viudedad en los supuestos del art. 219.2 LGSS, esto es, cuando la muerte, debida a enfermedad común preexistente al vínculo matrimonial, hubiera tenido lugar antes del transcurso del preceptivo año de duración, y sin convivencia anterior de idéntica duración (para sumar un total de dos años), en cuyo caso el precepto citado veta el acceso a la prestación, pero abre la excepción derivada de la existencia de hijos comunes. Sin embargo, de nuevo se plantea si la existencia de hijos debe exigirse a la fecha del hecho causante, o estos podrían ser póstumos o incluso no concebidos sino más tarde por técnica de crioconservación de preembiones y su implantación a la viuda. ¿Sería viable entonces reconocer tanto la pensión de viudedad como la de orfandad? Conclusión extensible para el caso de las parejas de hecho a los efectos del art. 221 LGSS.

Lo que sí es claro es que, en caso de nacimiento póstumo, la prestación se entiende causada, por excepción a la regla general (la fecha del fallecimiento del causante), en la fecha del nacimiento (art. 3 de la OM de 13 de febrero de 1967)<sup>47</sup>. La STSJ de Cataluña núm. 1825/2003, de 14 de marzo, resuelve un supuesto de estas características, donde la cuestión central era precisamente la determinación de la fecha de nacimiento de la pensión de orfandad, que, según mantiene dicha

<sup>46</sup> La Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia, sí lo limita expresamente en su art. 235-8.2 b) a una única fecundación, por tanto, un solo intento.

<sup>47</sup> El precepto dispone que “las prestaciones ... se entenderán causadas, siempre que concurren las condiciones que para cada una de ellas se señalan en los capítulos siguientes, en la fecha en que se produzca el fallecimiento del sujeto causante salvo para la pensión de orfandad, cuando el beneficiario sea hijo póstumo, en cuyo caso se entenderá causada en la fecha de su nacimiento”.

sentencia, se vincula a la propia existencia del hijo, sin la cual no puede entenderse causada la prestación (de acuerdo con las condiciones del art. 30 C.c.), y no a la determinación de la fecha de devengo inicial de la pensión, que queda en suspenso como el propio derecho en tanto este no pueda constatarse la propia condición de hijo. En el caso analizado, la filiación se hallaba asimismo *sub iudice*, no cual, entendiendo la sentencia citada, no era óbice para la solicitud de la prestación, que, no siendo imprescriptible (art. 230 LGSS), sí está sujeta en su abono al preceptivo plazo de solicitud de tres meses (art. 53.1 LGSS)<sup>48</sup>. En esta misma línea se sitúa la posterior sentencia del mismo tribunal de 10 de noviembre de 2010 (rec. supl. 6032/2009), así como las sentencias del TSJ de Galicia, núm. 4031/2009, de 14 de septiembre, que fija la fecha inicial del devengo de la prestación en el nacimiento del hijo extramatrimonial póstumo, con posterior reconocimiento judicial de la paternidad, del STSJ de Aragón núm. 12/2016, de 20 de enero, o las de Andalucía/Granada de 1 de diciembre de 2010 (rec. supl. 2314/2010) y de Andalucía/Sevilla de 24 de mayo de 2012 (rec. supl. 2000/2011). Finalmente, la STS núm. 222/2018, de 27 de febrero, zanja toda duda al respecto, al declarar que la fecha de efectos debe retrotraerse a la del hecho causante siempre que la pertinente solicitud se hubiera instado en los tres meses siguientes al hecho que posibilita el acceso a la misma (en el caso analizado por la sentencia citada, la constitución de la tutela vía expediente de jurisdicción voluntaria y su aceptación por el tutor solicitante de la pensión). En caso de filiación dudosa, como declara el Tribunal Supremo en otra sentencia anterior, la acción para el reconocimiento de la prestación se interrumpe con la interposición de la de filiación (STS de 7 de junio de 2006, sala social, rcud. núm. 265/2005), fecha que debe entenderse como la del devengo inicial de la prestación (no la del fallecimiento, por haberse interpuesto varios meses después de este).

Y, sea cual sea el caso, si la prestación es causada, se prolongaría hasta las edades fijadas por el art. 224 LGSS, pero sería vitalicia en caso de que el hijo nacido sufriera de una discapacidad equivalente a la descrita por el precepto aludido, “incapacitados para el trabajo”, si bien la doctrina consolidada en este tema excluye esta posibilidad (cfr. STS núm. 289/2017, de 5 de abril), en tanto exige que la incapacidad fuera preexistente al óbito, lo cual es imposible en un supuesto de fecundación post-mortem. Aunque, del mismo modo, es doctrina unificada reiterada que dicha incapacidad debe apreciarse en el propio expediente administrativo de reconocimiento del derecho a la pensión (STS de 10 de febrero de 1998, rcud. núm. 793/1997, que reitera la anterior de 4 de noviembre de 1997, rcud. núm. 335/1997).

Finalmente, el acceso a la pensión de orfandad debe abrir la puerta asimismo al acrecimiento que proceda por ausencia de pensión de viudedad, cuando la madre gestante no tenga derecho a la misma o fallezca en el parto, de acuerdo con el art. 17.2 de la OM de 13 de febrero de 1967 (“el porcentaje que se establece en el número anterior se incrementará con el que se señala en el artículo 8.º, para la pensión de viudedad, cuando a la muerte del causante no quede cónyuge sobreviviente o cuando el cónyuge sobreviviente con derecho a pensión de viudedad falleciese estando en el disfrute de la misma”).

---

<sup>48</sup> Literalmente se afirma: “el derecho a la pensión de orfandad surge de la condición de hijo del causante. Por ello no se trata aquí de un supuesto de fijación del momento del devengo inicial de la pensión en los términos del artículo 178 antes visto, sino de una situación de suspensión de la determinación del derecho mismo por la necesidad de establecer previamente esa condición de hijo. La aplicación del término inicial del pago solamente es posible cuando ya concurren todos los elementos para reconocer el derecho mas no se ejercita la correspondiente solicitud. En el presente caso, estaba en suspenso la propia determinación de la filiación, puesto que al tratarse de un supuesto en que ni cabría la presunción «ex lege», ni era posible el reconocimiento de la paternidad, por el propio fallecimiento del padre, la acción de reclamación debía ventilarse a través del proceso civil legalmente señalado a tal efecto. Debe destacarse la celeridad observada por la representante legal del menor en la presentación de la solicitud tras ganar firmeza la declaración de filiación paterna. Por consiguiente, no puede negarse al menor el derecho a ser beneficiario de la pensión de orfandad desde la fecha de su nacimiento, momento en que ya concurrían todos los requisitos para ello, con independencia de que la fijación de la filiación paterna se hallara pendiente de la resolución judicial posterior y, por ello, estuviera impedida la presentación de la solicitud ante la Entidad Gestora”.

## VII. OTRAS FAMILIAS: ACOGIDA Y FAMILIAS *DE FACTO*

El sistema de la Seguridad social acoge también otras formas de familia *de facto* a los efectos de su acción protectora distintas de las conformadas por padres/madres e hijos, cuando la ausencia de los progenitores fuerza que otros familiares deban ocupar ese rol. Es el caso de las prestaciones por muerte y supervivencia, en las que, de producirse tal circunstancia por orfandad absoluta, la familia de acogida que el huérfano conforma bajo estas nuevas circunstancias es la tributaria del abono de la pensión de orfandad (art. 224.3 LGSS: “la pensión de orfandad se abonará a quien tenga a su cargo a los beneficiarios”). En esta línea, la STSJ de Cataluña núm. 1851/2003, de 18 de marzo, reconoce el derecho a prestación en favor de familiares a las nietas abandonadas por sus padres y acogidas por sus abuelos.

De igual modo, otras formas de acogimiento o adopciones distintas de las previstas en nuestra legislación, como las previstas en legislaciones extranjeras, v.g. la *kafala* islámica, tienen acogida a los efectos *equiparadores* pertinentes, como es el caso, de nuevo, de las pensiones de orfandad (v.g. STSJ de Madrid núm. 58/2008, de 31 de enero, que reconoce el derecho a la pensión de orfandad a quien ninguna relación de filiación tenía con el causante, quien sí había constituido una relación de *kafala* o guarda legal islámica).

Sin embargo, esta opción interpretativa, ante la ausencia de norma expresa más allá del art. 224.3 LGSS, no está exenta de contradicciones, como la que brinda, frente a las resoluciones anteriores, la STSJ de Castilla y León (Valladolid) núm. 141/2017, de 30 de enero, al negar el derecho a prestación en favor de familiares al nieto, no huérfano absoluto (por estar vivos sus padres), que convive con los abuelos, quienes tienen adjudicada su guarda y custodia legal por resolución judicial, pese a mantener la patria potestad sus progenitores. El argumento que esgrime el Tribunal Supremo, en sentencias de 10 de noviembre de 2006, (rcud. núm. 2972/05), de 3 de marzo de 2009 (rcud. núm. 2170/0820) y de septiembre de 2011 (rcud. núm. 4752/2010), es el de la propia literalidad de la norma (art. 226.2 a y art. 22.1 de la OM de 13 de febrero de 1967), que exige, para causar estas prestaciones, la convivencia con el causante, lo que permite concluir que, en tal caso, sí podrían acceder a las causadas por sus abuelos, con los que conviven efectivamente tales familiares.

## COMUNICACIONES

# CAPÍTULO III. SEGURIDAD Y RIESGOS DEL TRABAJADOR BRASILEÑO Y REFLEXIONES PREVIDENCIALES (DE SEGURIDAD SOCIAL CONTRIBUTIVA): UNA VISIÓN EN EL ORIGEN DE LOS PROBLEMAS.

MARCELO BORSIO<sup>1</sup>

CLÁUDIO JANOTTI DA ROCHA<sup>2</sup>

FÁBIO TÚLIO BARROSO<sup>3</sup>

### I. INTRODUCCIÓN

La sociedad brasileña evoluciona y con ella todas las formas de relaciones, incluso las del trabajo. El trabajo digno y seguro son aspiraciones lógicas de los trabajadores. Los ambientes de

- 
- <sup>1</sup> Profesor del PPGD del UDF. Profesor Titular del UDF. Post-Doctor en Derecho de la Seguridad Social por la Universidad Complutense de Madrid. E Post-Doctor en Derecho de la Seguridad Social por la Universidad de los Estudios de Milán. Doctor y Maestro en Derecho Seguridad Social por la Pontificia Universidad Católica de São Paulo. 2007. Especialista en Límites Constitucionales de la Investigación por la Univ. Santa Catarina - 2007. Especialista en Derecho Tributario por la PUC-SP. Graduado en Derecho por la Universidad Presbiteriana Mackenzie. Profesor y Coordinador del Postgrado de Derecho de la Seguridad Social en la Red LFG. Profesor y Coordinador del Curso de Práctica Preventiva en la Red LFG. Profesor Invitado de la Postgrado de la PUC-SP (COGEAE). Profesor de Derecho Seguridad Social de Postgrado en Derecho de la Seguridad Social en cursos preparatorios para la Magistratura del Trabajo y Procurador del Trabajo en la ATAME -DF. Profesor de Derecho Tributario y Seguridad Social en el Gran Cursos Online en Brasilia. Profesor invitado en los cursos de Seguridad Social en la Maestría y en el Doctorado en la Universidad Complutense de Madrid (Prof. José Luís Tortuero Plaza) y Profesor Visitante de la Universidad de los Estudios de Milán. Editor Asistente de la Revista Derecho de las Relaciones Sociales y laborales de la Facultad de Derecho del UDF. Autor de obras. Conferencista sobre Derecho de la Seguridad Social, Derecho Tributario, Crímenes de Seguridad Social y Tributarios.
- <sup>2</sup> Doctor en Derecho por la Facultad Minera de Derecho - PUC / MG (2016), con beca de CAPES. Maestro en Derecho por la Facultad Minera de Derecho - PUC / MG (2011). Curso de Biopolítica y Derecho en la Universidad de Stirling, Escocia (2015). Profesor de la Universidade Federal do Espírito Santo (UFES). Profesor Titular del Centro Universitario del Distrito Federal (UDF), en Brasilia-DF, y de su Maestría en Derecho de las Relaciones Sociales y laborales. Miembro del Núcleo Docente Estructurante del UDF. Es investigador del Grupo de Investigación: Constitucionalismo, Derecho del Trabajo y Proceso, del UDF y del Grupo de Investigación: Trabajo, Constitución y Ciudadanía, de la UnB - ambos con los respectivos registros en el Directorio de los Grupos de Investigación del CNPq. Miembro de la Red Nacional de Grupos de Investigaciones y Estudios en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (RENAPEDTS). Miembro del Instituto de Ciencias Jurídicas y Sociales, ICJS, de Belo Horizonte / MG. Investigador. Autor de libros y artículos. Altavoz. Abogado.
- <sup>3</sup> Post-Doctor en Derecho por la Universidad de Granada, España. Doctor en Derecho por la Universidad de Deusto, Bilbao, España. Especialista en Derecho del Trabajo por la *Universidade Católica de Pernambuco*-UNICAP. Presidente Honorario y fundador de la *Academia Pernambucana de Direito do Trabalho* - APDT. Miembro efectivo del *Instituto dos Advogados Brasileiros* - IAB. Miembro efectivo del *Instituto de Advogados de Pernambuco* - IAP. Miembro de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social. Profesor de la *Universidade Católica de Pernambuco* -UNICAP (Graduación, maestría y doctorado). Profesor de la *Faculdade de Direito do Recife* - FDR, de la *Universidade Federal de Pernambuco* - UFPE. Miembro del Grupo de Estudios Latinoamericano de Derechos Humanos -EELAS. Abogado.

trabajo proporcionados con ausencia de agentes agresores son los estándares esenciales para la calidad de vida laboral.

Las empresas como un todo necesitan ampliar sus visiones para inversiones económicas, estructurales y tecnológicas en el medio ambiente del trabajo, incluso elaborando productos certificados que acompañen la evolución de los riesgos<sup>4</sup>.

El Estado brasileño, en la medida de sus actuaciones, ha quedado fuera de ese escenario, pues positiva las acciones, pero no es efectivo en la fiscalización concreta y productiva de los medios ambientes del trabajo. Las normas punitivas son incumplidas diuturnamente por tomadores de servicios en los más variados ambientes, poniendo en riesgo la capacidad física y laboral de los trabajadores en Brasil.

Se trata de una búsqueda que debería ser (el real debe ser) incesante de un medio ambiente del trabajo equilibrado, que proporciona sana calidad de vida digna al trabajador, y en armonía con beneficio empresarial sostenible y ponderado.

Pero como las molestias de esos ambientes ocurre, se ha optado por pagar por la falta de salud del trabajador, exponiéndolo a ambientes insalubres y peligrosos. En la visión empresarial de algunos, por varias veces es más costoso maniobrar técnicamente el medio ambiente del trabajo, siendo mejor incluso arcar con costos como indemnizaciones de varias suertes e incluso la tributación previsional extra, por exponer al trabajador a agentes nocivos.

Entonces, en una cuenta mal fraccionada, optó el empresariado en general a que el trabajador busque su derecho, si es el caso y si así lo demuestra, al recibir una jubilación especial, con criterios diferenciados, aunque en la vida real eso sea demasiado difícil para el obrero.

Se buscará demostrar una posible armonización progresiva entre causas y consecuencias en las actuaciones junto al medio ambiente del trabajo, se ha intentado conceptuar derechos fundamentales sociales (de seguridad social contributiva, accidentales y ambientales de la labor), el propio medio ambiente del trabajo en sí y la jubilación especial del Régimen General de Seguridad Social brasileño, además de una reciente decisión del Supremo Tribunal Federal (Tribunal Constitucional brasileño) y los escenarios causantes de las dos puntas del mismo sistema: las consecuencias soportadas por el seguro social y las causas a ser enfrentadas en armonía progresiva.

Además, se tiene en cuenta que la protección al trabajador y al medio ambiente del trabajo se pone de relieve para la protección de su familia, como núcleo de convivencia y bienestar social.

Se buscará dar un enfoque teórico y reflexivo de los temas propuestos. Se procederá a la revisión de la literatura que comprenderá los orígenes, las formas, los conceptos y tendencias referentes al tema elegido, iniciando por la dignidad humana, el vector de los vectores.

## 1. DIGNIDAD HUMANA Y SEGURIDAD SOCIAL

Los derechos fundamentales tienen como fundamento único la tutela de la dignidad humana, siendo ésta también vector de los textos constitucionales. El portugués José João Abrantes<sup>5</sup> afirma que esos derechos hacen posible el desarrollo integral de la persona en el real y efectivo ejercicio de su libertad, y la conversión de la libertad abstracta en derechos concretos, con vinculación con la citada dignidad.

---

<sup>4</sup> En este contexto, las empresas están desarrollando trabajos orientados a la elaboración de productos que apuntan a la certificación OHSAS 18000, abarcando estructuración del Servicio Especializado en Ingeniería de Seguridad y Medicina del Trabajo - SESMET, entrenamientos para la Comisión Interna de Prevención de Accidentes - CIPA, elaboración de - Programa de Gestión de Riesgos - PGR, Mapas de Riesgos Ambientales, Semana Interna de Prevención de Accidentes de Trabajo - SIPAT, entre otros.

<sup>5</sup> ABRANTES, J. J.: *Contrato de trabalho e direitos fundamentais*, Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 15.

A partir de la Segunda Guerra Mundial, la mayor parte de las Constituciones se inspiró tanto en la Declaración Universal de 1948 y en los diversos documentos internacionales y regionales que la suceden, en una armonización bajo el Derecho Constitucional internacional<sup>6</sup>.

Y a la internalización de los Derechos Humanos previstos y conquistados en un ordenamiento jurídico, se da el nombre de derechos fundamentales (internos). Constituciones de Alemania (1949) Portugal (1976), España (1978) y Brasil (1988) son ejemplos de consagración de los Derechos Humanos como derechos fundamentales.

En su escorzo histórico evolutivo, esos derechos fundamentales no traen consigo una idea de alternancia, sino de acumulación, expansión e interacción recíproca.

Los derechos fundamentales son indisolubles en su interpretación, efectividad y concreción. El profesor Willis Santiago Guerra Filho afirma que:

*El derecho individual de propiedad, en un contexto en que se reconoce la segunda dimensión de los derechos fundamentales, sólo puede ejercerse observándose su función social, y con la aparición de la tercera dimensión, observándose también su función ambiental<sup>7</sup>.*

Como dice Vidal Serrano Nunes Júnior: "los seres humanos vienen alcanzando, a lo largo de la historia, niveles de manumisión<sup>8</sup>.

En el curso de la historia, los primeros derechos fundamentales surgieron bajo la concepción estrictamente liberal, originaria, tras el triunfo de las revoluciones liberales, como libertades, exigiendo que el estado no se metiera en la vida económica, social y personal.

Y con las modificaciones de las condiciones sociales que surge en el individualismo acentuado, propulsor de la acumulación de riquezas y del agravamiento de la miseria, hubo reconocimiento de la necesidad de crear un nuevo sistema de derechos: los serviciales.

Por lo tanto, se hizo imprescindible proporcionar condiciones de vida necesarias para el efectivo ejercicio de los derechos individuales ya conquistados.

En el marco de la Revolución Industrial, surgió la efectiva concesión de los derechos sociales, expresados por el Canciller alemán Otto Von Bismark, que pasó a efectuar prestaciones de seguros sociales de infortúnios, invalidez, enfermedad y vejez, en los auspicios de la Revolución Industrial.

El profesor brasileño José Afonso da Silva así lo dice:

*Los derechos sociales, como dimensión de los derechos fundamentales del hombre, son prestaciones positivas proporcionadas por el Estado directa o indirectamente, enunciadas en normas constitucionales, que posibilitan mejores condiciones de vida a los más débiles; derechos que tienden a realizar la igualación de situaciones sociales designales. Son, pues, derechos que se ligan como el derecho de igualdad. Valen como presupuestos del goce de los derechos individuales, en la medida en que crean condiciones materiales más propicias para la comparación de la igualdad real, lo que a su vez proporciona una condición más compatible con el ejercicio efectivo de la libertad<sup>9</sup>.*

La Constitución de la República de 1988, en su artículo 6º, acabó por puntuarlos, como seguridad a los ciudadanos: la educación, la salud, la alimentación, el trabajo, la vivienda, el transporte, el ocio, la seguridad, la seguridad social, la protección a la maternidad ya la infancia y la asistencia a los desamparados.

Los derechos de tercera dimensión, también llamados derechos de solidaridad, de fraternidad o metaindividuales, surgieron después de la Segunda Guerra Mundial, en vista de las barbarie y del Holocausto, época en que el hombre fue considerado medio y no fin.

<sup>6</sup> SARLET, I. W.: *A eficácia dos direitos fundamentais*, 12ª Edición, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2015, p. 32.

<sup>7</sup> GUERRA FILHO, W. S.: *A dimensão processual dos direitos fundamentais e da Constituição*. In: "Revista de Informação Legislativa", Brasília a. 35 n° 137 jan. /mar. 1998, p. 15.

<sup>8</sup> NUNES JÚNIOR, V. S.: *Curso de Direito Constitucional*, 22ª Ed., São Paulo, Verbatim, 2018, p. 154.

<sup>9</sup> SILVA, J. A. *Comentário contextual à Constituição*, 8ª Ed., São Paulo, Malheiros, 2012. p. 184.

Son derechos no más titulizados por el ser humano individualmente, sino por toda la humanidad, no preservando sólo las libertades individuales, ni tan sólo el ser humano como ser social, tiene aplicación sobre todo el ser humano como parte de la humanidad (derechos difusos y colectivos, individuales homogéneos).

La dignidad humana es un vector axiológico supremo en la afirmación histórica de los derechos fundamentales (de cualquiera de las dimensiones). El proceso lento y gradual de la construcción y reconocimiento de estos derechos fundamentales a lo largo de siglos tiene una estrecha relación con la verdadera comprensión por el hombre de lo que es la dignidad humana. El propio concepto de la dignidad humana acompañó esta evolución en construcción.

Al mismo tiempo que la dignidad humana es bien jurídico protegido por el sistema de derechos fundamentales, es también la matriz axiológica que orienta ese sistema.

Para Antonio Carlos Cedenho, en este contexto: *la dignidad es punto de partida para nuevas conquistas del hombre, y punto de llegada en el establecimiento de límite a la violencia ya la barbarie*<sup>10</sup>.

Para que mantengan los derechos sociales su condición de fundamental importancia, respaldados por el medio más grande de la dignidad humana, debe la Carta Mayor reservar un cuidado de extrema inmutabilidad en el texto, reservando a esos derechos fundamentales, a ellos como un todo, la de cláusula pétreas.

Y dentro de esos derechos sociales, se colocan los derechos de seguridad, que se equiparon tanto con los Derechos Humanos como a los derechos fundamentales, por el hecho de existir, también, relación intrínseca con la dignidad humana y por la previsión expresa constitucional y en los tratados internacionales de los cuales Brasil es signatario.

En diversas democracias por el mundo, los derechos a la seguridad social (previsión social, asistencia social y salud pública) están encuadrados en status de derechos constitucionales.

En Brasil, a finales del siglo XIX y principios del siglo XX, con la economía brasileña orientada a la exportación de granos (café), resultando en un proceso de industrialización, algunos sectores clamaron por derechos sociales (seguros a los funcionarios de Correos, invalidez para servidores públicos, ferroviarios, etc.).

En conjunción con este proceso, comienza a producirse gran concentración de personas en las ciudades, siendo en su mayoría inmigrantes (Italia y Portugal), como mano de obra en las industrias. Había trabajo sin ninguna garantía social (vacaciones, jornada de trabajo definida, pensión o jubilación). En vista de esta ausencia de derechos, como se dijo, surgieron huelgas generales en los años 1917 y 1919 (misma época de las constituciones mexicana y alemana).

El origen de la seguridad social contributiva en Brasil surgió con la publicación del Decreto 4.682, de 24 de enero de 1923, la llamada *Ley Eloy Chaves*<sup>11</sup> (40 años después de las primeras normas en este sentido en Alemania)<sup>12</sup>.

En la Constitución de año de 1967, por medio de la enmienda de n° 1 de 1969, se garantizaron derechos de seguridad social a los trabajadores, por medio de contribución conjunta entre el empleado, el empleador y el estado. Sin embargo, solamente en la Constitución de 1988 que insertó las ideas de Willian Henry Beveridge, con la carta la Seguridad Social sistémica.

<sup>10</sup> CEDENHO, A. C.: *Diretrizes constitucionais da assistência social*, São Paulo, Verbatim, 2012. p. 80.

<sup>11</sup> A pesar de haber existido otras iniciativas anteriores, la *Ley Elói Chaves* es considerada el marco histórico de la seguridad social contributiva brasileña por las características más cercanas al concepto actual de seguridad social. Los beneficios se destinaban a los ferrocarriles, categoría de empleados de los más vulnerables a los riesgos de accidentes y al desgaste físico y, por lo tanto, más susceptibles a la pérdida o a la reducción de la capacidad laboral. Como el proceso de industrialización continuaba avanzando hacia otras actividades, las garantías laborales/previsionales ganaron más atención e incentivaron el surgimiento de varios Institutos de Jubilación y Pensiones para que se amplía el alcance de la previsión a un mayor número de trabajadores. In: <http://justificando.cartacapital.com.br/2017/02/17/da-lei-eloy-chaves-reforma-da-previdencia-desigualdade-e-privilegios/> búsqueda en 15/11/17.

<sup>12</sup> En términos técnicos para una mejor comprensión, es importante decir que, en Brasil, la Seguridad Social contributiva, como es conocida en España, se llama *Previdência Social*, y la no contributiva se llama *Assistência Social*. Por su vez, la Asistencia Sanitaria se llama *Saúde Pública*.



Se reformuló el concepto de estado, con la imposición del Estado Democrático de Derecho, partiendo de los conceptos de Estado de Derecho, pero con participación popular.

Para Konrad Hesse: *El estado de Derecho crea, configura y garantiza el orden total jurídico que, para la existencia del particular como para la convivencia en el interior de la colectividad, es indispensable*<sup>13</sup>.

Para la vertiente estudiada aquí, la democracia debe estar representada por la igualdad entre los ciudadanos, aunque a menudo la libertad no asegure la igualdad.

El Estado providencia nació de las concepciones de ayudas entre familias, después surgieron los apoyos religiosos y sus asistencias sociales y luego las mutuas organizadas. Es la previsión social reflejo de las innumerables asistencias realizadas por los particulares y por el estado. Llegado el momento que el asistencialismo abrió espacio para los seguros sociales, por medio de contribución como equilibrio financiero y actuarial.

Pero la Constitución Ciudadana de Brasil, de 1988 inauguró un fuerte contenido de que todos los seres humanos nacen libres e iguales en derechos y dignidades, siendo los Derechos Humanos y fundamentales inherentes a la condición humana<sup>14</sup>.

Son los riesgos sociales del artículo 201 del diploma constitucional brasileño el núcleo de esa seguridad social contributiva y, cuando de su eclosión, surgen acciones positivas del Estado con el objetivo de concretar los derechos sociales y amenizar la condición del individuo sometido.

Por ser conquista de la humanidad a lo largo de décadas y siglos, la seguridad social es derecho fundamental de las personas, que hacen justicia a las acciones para la concesión del seguro social (contributivo o con prueba de trabajo rural), a las prestaciones asistenciales a los miserables (probado) y salud pública a todos indistintamente.

Los derechos de la seguridad social, representan un nuevo entendimiento de la dignidad de la persona<sup>15</sup>, convirtiéndolos sobremanera de naturaleza de derecho humano y fundamental material.

La jubilación especial del RGSS (Régimen General de Seguridad Social) – que en Brasil se llama *Regime Geral de Previdência Social – RGPS* - es un ejemplo claro de cómo, en el paso de evolución, la dignidad humana del trabajador es puesta en relieve, pues se busca solución a las consecuencias de perjudicial exposición a agentes nocivos, pero no se alivian las causas.

Tratemos de ello, entonces.

## **2. LA JUBILACIÓN ESPECIAL DEL RÉGIMEN GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL BRASILEÑO Y EL DESCASO EMPRESARIAL Y ESTATAL CON EL EFECTIVO ABRIGO A LAS EXPOSICIONES A LOS AGENTES NOCIVOS**

En países como España, Italia, Portugal y otros, se da el fenómeno de la pensión por jubilación anticipada, con diferentes criterios. No se trata de un resultado proporcionado a la exposición a agentes degradantes, sino, sólo a la protección social de algunas categorías profesionales.

No existe en España la jubilación especial por exposición a agentes nocivos. Lo que hay son regímenes especiales de seguridad social contributiva para algunas actividades, como trabajadores del mar<sup>16</sup> y trabajadores de minería del carbón. Entre otros, que están vinculados a regímenes especiales e institutos diferenciados de la seguridad social, para concederles las prestaciones.

<sup>13</sup> HESSE, K.: *Elementos de direito constitucional da republica federal da Alemanha*, Porto Alegre, Sérgio Antonio Fabris, 1998, p. 162.

<sup>14</sup> FERNANDES, A. P.: *Os direitos previdenciários no Supremo Tribunal Federal*, São Paulo, LTr, 2015, p. 35.

<sup>15</sup> SAVARIS, J.A. STRAPAZZON, C.L.: *A terceira fase da seguridade social*. In: ALEXY, R. BAEZ, N.L.X; SANDKÜHLER, H.J (orgs.) “Níveis de efetivação dos direitos fundamentais civis e sociais: um diálogo Brasil e Alemanha, Joaçaba”, Unioesc, 2013, p. 499.

<sup>16</sup> Hay que recordar que la reducción de la edad mínima de jubilación resulta aplicable a todos los trabajadores comprendidos actualmente en el campo de aplicación del Régimen Especial de Trabajadores del Mar, con independencia de su grupo de cotización: es decir, que resulta aplicable tanto a los trabajadores por cuenta ajena como

(...)

Sin embargo, el apego a la protección del medio ambiente del trabajo en esos países es mucho más significativo que en Brasil. Se concede allí una jubilación diferenciada, pero el grado de seguridad ambiental en la labor y sus técnicas de no exposición llega a límites impensados en la legislación brasileña. Allí, hay inversión en este sector, aquí, casi ninguno. Se reducen potencialmente los riesgos laborales.

Así se asentó la profesora brasileña (UDF) Lorena Vasconcelos Porto<sup>17</sup>, en su trabajo sobre la nueva normativa italiana sobre medio ambiente del trabajo, según la interpretación conferida por la doctrina y la jurisprudencia italianas, a partir del art. 2.087 del Código Civil de 1942 de aquél país, donde pueden extraerse las siguientes obligaciones a cargo del empleador:

- a) el empleador no sólo debe observar las obligaciones específicas establecidas por las normas especiales, sino también, adoptar otras medidas de seguridad exigidas por la evolución tecnológica. Así, el empleador debe implementar todas las medidas necesarias para la protección de la salud del trabajador en sentido amplio, teniendo en cuenta el conjunto de los elementos característicos de una determinada prestación de trabajo o de un determinado ambiente de trabajo, así como el contexto tecnológico<sup>18</sup>;
- b) el empleador debe adoptar las medidas de seguridad exigidas tanto por las características objetivas de la prestación laboral, como por las condiciones subjetivas de trabajador<sup>19</sup>;
- c) el empleador está obligado a respetar tanto la integridad física, como la integridad moral del trabajador<sup>20</sup>.
- d) el empleador debe ejercer una acción de vigilancia continua en relación con sus empleados para que éstos respeten las normas de seguridad<sup>21</sup>.

Se observa que la preocupación por la inversión en tecnología para la protección de los trabajadores italianos es una realidad a respetar. No hay que hablar de desobediencia, pues la salud y seguridad del trabajador no pueden estar a la suerte de infortunios y de exposiciones, que deben ser evitadas.

En Italia, por ejemplo, cuando una comprobación demuestra que un trabajador está expuesto a algún agente nocivo, que la estructura protectora, tecnológica y de ambiente sano no ha sido capaz de evitar, se aleja de sus actividades y pasa a recibir una jubilación, provisional, para que pueda ser recuperado, para volver a las actividades, y, en último caso jubilarse por invalidez. No hay jubilación especial.

---

a los trabajadores por cuenta propia actualmente incluidos en dicho Régimen Especial. Como estos trabajadores van a estar ahora comprendidos en dos regímenes diferentes, la definición del campo de aplicación ya no puede realizarse mediante la remisión a los comprendidos en el campo de aplicación de dicho Régimen especial por lo que la norma reglamentaria que establezca los coeficientes debe definir su ámbito de aplicación por razón de actividad marítimo-pesquera con independencia de la pertenencia a uno u otro Régimen de la Seguridad Social. De hecho, las últimas normas reglamentarias que han establecido coeficientes reductores de la edad de acceso a la jubilación después de la introducción del art. 161.bis) LGSS (ex Ley 40/2007, de 4 de diciembre) invocan este precepto y delimitan los trabajadores afectados por la reducción. In: [http://www.seg-social.es/Internet\\_1/Trabajadores/Afiliacion/RegimenesQuieneslos10548/RegimenEspecialdeTr32840/index.htm](http://www.seg-social.es/Internet_1/Trabajadores/Afiliacion/RegimenesQuieneslos10548/RegimenEspecialdeTr32840/index.htm), p. 111. Búsqueda en 17/11/2017.

<sup>17</sup> PORTO, L. V. *A reforma legislativa em matéria de saúde e segurança no trabalho no direito italiano: uma análise crítica*, In: <http://www.pos.direito.ufmg.br/rbepdocs/099A167182.pdf>, Búsqueda en 17/11/17.

<sup>18</sup> Decisiones de la Corte de Casación n. 644, de 14 de enero de 2005, y n. 6.048, de 15 de marzo de 2007. *Repertorio del Foro Italiano*, formato CD-ROM.

<sup>19</sup> Decisiones de la Corte de Casación n. 4.561, de 03 de marzo de 2005, y n. 11.092, de 26 de mayo de 2005. *Repertorio del Foro Italiano*, formato de CD-ROM.

<sup>20</sup> Decisión de la Corte de Casación n. 7.768, de 17 de julio de 1995. *Repertorio del Foro Italiano*, formato de CD-ROM.

<sup>21</sup> Decisiones de la Corte de Casación n. 2.357, de 17 de febrero de 2003, n. 3.213, de 18 de febrero de 2004, n. 3.862, de 22 de febrero de 2006, n. 238, de 10 de enero de 2007, n. 18.376, de 03 de julio de 2008, y n. 39.888, de 23 de octubre de 2008. *Repertorio del Foro Italiano*, formato de CD-ROM.

Todo el medio ambiente es tratado, a pesar de la larga precarización del trabajo que vivió Italia en los años 90.

En Italia, según la Comunidad Europea, las medidas preventivas están diseñadas para reducir la probabilidad de que se produzca el infortunio en el trabajo o mostrar una enfermedad profesional. Pueden ser de dos tipos<sup>22</sup>:

1. *Medidas técnicas o de ingeniería destinadas a actuar directamente sobre la fuente del riesgo para eliminarlo, reducirlo o sustituirlo; un ejemplo de estas medidas técnicas podría reducir el polvo con agua pulverizada para evitar la exposición al polvo de sílice;*

2. *Medidas organizativas o administrativas destinadas a modificar los comportamientos y promover una cultura de seguridad positiva. Los factores perjudiciales están en gran parte relacionados con la naturaleza de los procesos, las tecnologías, los productos y el equipo en el lugar de trabajo, pero también puede depender de cómo se organiza el trabajo. Las medidas preventivas deben ser complementadas por medidas de protección y atenuación.*

Sin embargo, el fenómeno en Brasil es diferente, pues la jubilación especial es amplia. Se trata de pensión concedida al asegurado que haya trabajado en condiciones perjudiciales para su salud o integridad física. Esta jubilación pretende compensar al trabajador por el período en que estuvo expuesto a agentes perjudiciales para la salud.

Notoriamente es un jubilación en forma de compensación<sup>23</sup> para aquellos que se dispusieron al enfrentamiento laboral y ocupacional, exponiendo su salud e integridad física a los riesgos oriundos de ese trabajo.

Es necesario que el asegurado demuestre la efectiva exposición a agentes físicos, químicos y biológicos y, en el caso de los electricistas, por ejemplo, la exposición a peligrosidad.

Carlos Alberto de Castro y João Batista Lazzari<sup>24</sup> preceptúan que:

*Es importante, en cuanto al derecho a la jubilación especial, el efecto del uso de equipos de protección en el derecho al cómputo del tiempo de actividad especial. Por el concepto legal, sólo podría ser considerado tiempo computable para ese fin el gasto por el asegurado en actividad nociva a su salud.*

En resumem, el tiempo mínimo de ejercicio de la actividad en estas condiciones fue estipulado en 15 (quince) años, 20 (veinte) años o 25 (veinticinco) años, en los términos de la Ley nº 3.807 de 1960, art. 31. Mantenedos por la Ley nº 8.213 / 91, en sus artículos 57 y 58.

En el más, las condiciones del medio ambiente de trabajo se han tenido en cuenta en el acto de la concesión de la jubilación.

Por ello, con la evolución de la legislación, las empresas se han visto forzadas a mejorar su ambiente de trabajo para garantizar condiciones mínimas a la salud e integridad física de los trabajadores. Sin embargo, un gran número de empresas no atienden al contenido legal mínimo de protección a la relación de trabajo, ni tampoco al principio de precaución.

El asegurado deberá trabajar durante toda la jornada de trabajo, de forma no ocasional ni intermitente, en lugares considerados nocivos a su salud o a su integridad física o mental, por los plazos de tiempo indicados.

Se trata de jubilación de naturaleza extraordinaria con desarrollo de actividad con riesgos superiores a los normales, así como dice Fábio Zambitte Ibrahim:

*El tiempo de exposición será importante para observar el grado de nocividad del agente - la identificación de la actividad como nociva dependerá de la relación de intensidad del agente con el*

<sup>22</sup> ec.europa.eu/social/BlobServlet?docId=16893&langId=it, p. 10. Pesquisa em 18/11/17.

<sup>23</sup> Luego, las condiciones especiales que perjudican la salud y la integridad física son aquellas cuya exposición por el trabajador al agente nocivo sean superiores a los límites de tolerancia cualitativos y cuantitativos. AMADO, F. *Curso de Direito Previdenciário*, 7ª ed, Salvador, Jus Podivm, 2015, p. 623.

<sup>24</sup> CASTRO, C. A. P. de; LAZZARI, J. B. *Manual de Direito Previdenciário*, 20ª edição, São Paulo, Forense, 2017. p. 728

*tiempo total de exposición - cuanto mayor sea la concentración del agente nocivo, menor el tiempo necesario de exposición, y viceversa*<sup>25</sup>.

Este tiempo debe ser habitual.

La jubilación especial está regulada en el art. 201, § 1º, de la CF / 88; el arte. 57 y 58 de la Ley nº. 8.213 / 91 y art. 64 a 70 del reglamento de la seguridad social (Decreto nº 3.048 / 99).

No se puede acumular con ninguna otra pensión de seguridad social del régimen general de seguridad social (RGPS brasileño), especialmente con el auxilio accidente y con la jubilación, pues el art. 124, inciso II de la Ley nº. 8.213 / 91 prohíbe la acumulación de más de una jubilación, principalmente después del advenimiento de la Ley nº 9.528 / 97.

La renta mensual inicial consiste en el equivalente a un 100 % del salario de beneficio, o aquel llamado de salario de pensión (media aritmética sencilla de las mayores remuneraciones, correspondiente a un 80 % de todo el período contributivo, si el asegurado ingresó al sistema a partir del advenimiento de la Ley nº 9.876 / 99).

La jubilación especial no se somete al factor previdencial -- un factor que multiplica la media arriba -- solo para la jubilación por tiempo de contribución o de vejez).

La jubilación especial puede ser definida como lo hizo Adriane Bramante<sup>26</sup>:

*La jubilación especial es una especie de prestación de seguro social, de carácter preventivo, destinada a asegurar protección al trabajador que se expone efectivamente a agentes agresivos perjudiciales a la salud o a la integridad física durante los plazos mínimos de 15, 20 ó 25 años. Difiere de las demás jubilaciones y pensiones y con ellas no se confunde. Hay quien dice que la jubilación especial sería especie del género por tiempo de contribución. Divirjo de ese entendimiento. La jubilación especial es un beneficio autónomo y su concepto no se encuentra vinculado a ningún otro beneficio de la seguridad social. Posee sus propias características, diferenciadas de las demás prestaciones de la Previsión Social.*

Hay entendimientos doctrinarios superados de que la jubilación especial sería una jubilación por invalidez (incapacidad permanente) anticipada, una vez que proporciona la jubilación antes de que el asegurado sea efectivamente incapacitado, y que no sería causa de extinción del contrato de trabajo, una vez que el art. 475 de la CLT (legislación laboral brasileña) es claro al disponer que el contrato queda suspendido durante el período de invalidez (incapacidad permanente), no siendo debida ninguna suma rescisoria al empleado con ocasión de la concesión de la pensión, solamente si se canceló la jubilación, y el empleador, una vez optando por no reintegrar el contrato el funcionario, tendría que indemnizarlo en forma de dispensa inmotivada. Este entendimiento no fue absorbido por la doctrina<sup>27</sup>, tampoco encontró acogida en la jurisprudencia, una vez que la jubilación especial sería una pensión fundada en el tiempo de servicio, en razón de sus peculiaridades<sup>28</sup>.

Sin embargo, hay muchas dificultades para que los trabajadores puedan acceder a este tipo de jubilación: sea porque mucho de las relaciones laborales en Brasil son informales, sea porque hay dificultades para probar las condiciones especiales en la hora de pedir la jubilación.

Por lo tanto, esta aparente inaccesibilidad de la jubilación especial hiere de importantes conceptos principiológicos que sedimentan toda una planificación constitucional de índole

<sup>25</sup> IBRAHIM, F. Z. *Curso de Direito Previdenciário*, 22ª ed., Rio de Janeiro, Impetus, 2016, p. 608.

<sup>26</sup> LADENTHIN, A. B. de C. *Revista de Direito Previdenciário da Escola Paulista de Direito*, Ano IV, nº 05, São Paulo, 2008, p.1/2.

<sup>27</sup> (...) se trata de una pensión basada también en el tiempo de servicio, pero esto se refiere a la actividad profesional ejercida en condiciones especiales que perjudiquen la salud o la integridad física. MARTINEZ, W. N., *Aposentadoria Especial*, 7ª edição, São Paulo, LTr, 2015, p. 31.

<sup>28</sup> MASSONI, T. de O. et REIS, D. R. *Efeitos da aposentadoria especial no contrato de trabalho*, Revista Brasileira de Previdência – UNIFESP, Volume 4, São Paulo, noviembre de 2015.

previsional y protectora, debiendo, por el contrario, el acceso ser amplio e irrestricto, con claridad y, principalmente, eficaz<sup>29</sup>.

Sin embargo, debería tener mayor transparencia y seriedad en su concesión, pues Brasil está lejos de tener medios ambientes del trabajo con higiene, control y seguridad para la salud del trabajador. Que dirá de la parca fiscalización. ¿Cuántas empresas optando por el Simple Nacional (*sistema tributario para empresas pequeñas y de tamaño medio con una alícuota solamente en base del valor de la facturación*) jamás fueron fiscalizadas?

De esta forma, muchos trabajadores quedan fuera del modelo tuitivo de las condiciones de trabajo y al final no consiguen la jubilación, aunque estén en situación práctica para tanto. El resultado es que hay dificultades tanto para la ejecución de los servicios con perjuicios de su integridad, como también, la dificultad para la familia, que muchas veces tienen solamente esa persona como el único proveedor de ingresos pecuniarios en el hogar.

## II. MEDIO AMBIENTE DEL TRABAJO HÍGIDO COMO DERECHO FUNDAMENTAL Y SOSTENIBLE AL TRABAJADOR EXPUESTO A AGENTES NOCIVOS

El medio ambiente fue erigido como derecho fundamental de la persona en la Constitución de Brasil de 1988, según lo que predomina el artículo 225:

*Todos tienen derecho al medio ambiente ecológicamente equilibrado, bien de uso común del pueblo y esencial a la sana calidad de vida, imponiéndose al Poder Público ya la colectividad el deber de defenderlo y preservarlo para las presentes y futuras generaciones.*

De igual modo al derecho ecológicamente equilibrado, se sitúan lado a lado el valor social del trabajo y el valor de la libre iniciativa, como supedáneos del desarrollo económico y social del país.

El principio del desarrollo sostenible es uno de los pilares del Derecho Ambiental en el mundo, exigiendo que haya equilibrio entre fuerzas y paridad de armas en la preservación y el avance económico maquinado por el desarrollo. El medio término como pérdida de tacto: la sostenibilidad.

El profesor Celso Antônio Pacheco Fiorillo vaticina que *los recursos ambientales no son inagotables, haciéndose inadmisibles que las actividades económicas se desarrollen ajenas a ese hecho*<sup>30</sup>.

Romeu Thomé enseña que el desarrollo sostenible sólo será pleno cuando tres vectores estén alineados, proporcionados y obedecidos de modo simultáneo: el crecimiento económico, la preservación ambiental y la equidad social<sup>31</sup>.

Así debe comportarse el medio ambiente del trabajo, que es urbano o rural y el tomador de servicios, con el Estado la responsabilidad de esa concreta garantía de higiene al ciudadano trabajador. Puro gesto de respeto a la ciudadanía ya la dignidad humana, lo que conlleva a una convivencia social y familiar plena, protegida por normas fundamentales mínimas.

El comando constitucional del artículo 170 de la carta brasileña define hipotéticamente ese equilibrio, como enseña el profesor Oswaldo de Souza Santos Filho:

*En la idea de la evolución de las relaciones de producción, el ordenamiento jurídico también quiere la mejora de las condiciones de vida de los trabajadores. El caput del art. De la Constitución Federal establece que el orden económico está fundado en la valorización del trabajo*

<sup>29</sup> SALVADOR, Sérgio Henrique. Aposentadoria especial: um benefício previdenciário extinto? In: [http://www.trabalhistaeprevidenciaria.com.br/artigoseteses/artigo\\_aposentadoriaespecialumbeneficioprevidenciarioextinto.pdf](http://www.trabalhistaeprevidenciaria.com.br/artigoseteses/artigo_aposentadoriaespecialumbeneficioprevidenciarioextinto.pdf). Pesquisa em 18/11/17.

<sup>30</sup> FIORILLO, C. A. P. *Curso de Direito Ambiental Brasileiro*, 13 ed., rev., atual e ampl., São Paulo, Saraiva, 2012, p. 77.

<sup>31</sup> THOMÉ, R. *Manual de Direito Ambiental: Conforme o Novo Código Florestal e a Lei Complementar 140/2011*, 2 ed., Salvador, Juspodivm, 2012, p. 58.

*humano y en la libre iniciativa, siempre en la búsqueda de una existencia digna para los brasileños, trabajadores, empresarios y emprendedores en general*<sup>32</sup>.

En el orden económico y social, el trabajo digno, en ambiente hígido, tiene un status constitucional soberano, siendo reflejo encadenado de la dignidad humana, mereciendo amplia protección de las normas internas y externas que busquen concretar el medio ambiente de trabajo sano como derecho fundamental.

En el sentido más restringido, proporciona al trabajador y a su familia la estabilidad de trabajar bajo riesgos de la actividad, con garantías mínimas previstas en la Ley, y sobretodo, con el respeto del empleador a esas condiciones, vigiladas por el estado.

Sin embargo, el capitalismo brusco y sin frenos del movimiento neoliberal del siglo XX avanza sobre su única necesidad: la obtención del beneficio - a cualquier costo. Los trabajadores son la parte debilitada de esa relación económica y sujetos a exposiciones y al alejamiento del estado de sus funciones de protección básicas, muy característico del modelo flexible de trabajo, sobrepondo el capital al trabajo<sup>33</sup>, incluso, reforzado por la ley n° 13.467 / 2017, conocida como la ley de la reforma laboral en Brasil.

El Estado debe proteger al trabajador, además de mostrarse en la relación como asegurador, enseña Miguel Horvath Júnior<sup>34</sup>:

*Las prestaciones prestadas por el seguro social tienen carácter de servicio público de nuevo tipo, asumiendo el Estado papel que va más allá del límite del asegurador, ya que él es quien tutelará el medio y la higiene de trabajo.*

Desde el punto de vista de los principios del Derecho Ambiental, el principio de precaución es el más importante, lo que puede ser entendido como:

*(...) en el sentido donde se desarrolla la prestación de los servicios, quer sea interna o externamente, y también el ambiente reservado por el empleador para descanso del trabajador, en el que se abandona la antigua teoría que sólo los ambientes internos es que podrían ser enunciados como lugar de prestación de servicios*<sup>35</sup>.

Y en el medio ambiente del trabajo, cumplen su mister, mostrando al tomador de servicios todos los procedimientos previos y constantes a ser adoptados para garantizar condiciones sanas de prestación de servicios por el trabajador, lo que, a lo largo, establece garantías sociales tanto en el local de trabajo, como en su entorno, lo que establece una condición cómoda a la familia del obrero, aunque sea en el aspecto formal.

En Brasil, el medio ambiente del trabajo está previsto en la Constitución de la República en su art. 7º, XXXIII y art. 200, VIII, el cual es conjunto de condiciones existentes en el lugar de trabajo relativas a la calidad de vida del trabajador.

No es sólo en la legislación constitucional que se encuentra el reglamento protectorio al medio ambiente del trabajo, se destaca como legislación infraconstitucional la CLT, Normas reglamentarias del Ministerio del Trabajo, la Ley n° 8.213 / 91, entre otros.

Y que el medio ambiente es el conjunto de condiciones, leyes, influencias e interacciones de orden físico, químico y biológico que permite, abriga y rige la vida en todas sus formas.

Este concepto queda restringido al medio ambiente natural, no abarcando todos los bienes jurídicos protegidos, que debe ser más amplio, como enseña José Afonso da Silva, (...) *integral de*

<sup>32</sup> SANTOS FILHO, O. S. *Meio ambiente saudável no trabalho e o risco surdez na aposentadoria especial*. In: <https://revistas.pucsp.br/index.php/red/issue/download/1594/17>, búsqueda en 11.07.2018.

<sup>33</sup> BARROSO, F. T. *Negociación colectiva y Derecho Flexible del Trabajo*, En: "Los derechos de libertad sindical y de negociación colectiva en una perspectiva comparada", Dirección, MONEREO PÉREZ, J. L., Granada, Comares, 2011, p. 539.

<sup>34</sup> HORVATH JÚNIOR, M. *Uma análise do risco acidente do trabalho sob a ótica histórica, doutrinária e jurisprudencial, com ênfase na aplicação da teoria da norma jurídica*. In: Revista da Procuradoria Geral do INSS. [http://qualidade.ieprev.com.br/arq/REV\\_4397.pdf](http://qualidade.ieprev.com.br/arq/REV_4397.pdf), 1997, p. 48.

<sup>35</sup> BELFORT, F. J. C. *A Responsabilidade Objetiva do Empregador nos Acidentes de Trabalho*, São Paulo LTR, 2010, pág. 65.

*toda naturaleza, lo artificial y original, así como los bienes culturales relacionados, comprendiendo por lo tanto, el suelo, el agua, el aire, la flora, las bellezas naturales, el patrimonio histórico, artístico, turístico, paisajístico y arquitectónico*<sup>36</sup>.

La Constitución de 1988 no trae la definición de lo que sea el medio ambiente, pero fue la primera de las Constituciones del país, a tratar sobre el medio ambiente, según lo visto en la literalidad del artículo 225.

Un mayor ajuste y conformación del medio ambiente del trabajo están previstos en el art. 200, VIII<sup>37</sup>, de la Constitución de Brasil, como un derecho fundamental de tercera generación, así como la solidaridad y la fraternidad:

Se nota que la Carta Magna dio gran importancia a la relación medio ambiente del trabajo y protección a la salud. No se concibe hablar en medio ambiente del trabajo sin hablar y estudiar la salud del trabajador. Se prima, pues, por normas laborales en la protección del trabajador en su medio ambiente del trabajo, pero el impulso para una mejor seguridad son también las normas sanitarias.

Las normas sanitarias no tienen lugar y voz, sólo legislaciones laborales, entre ellas las NRs, en la fiscalización y control del medio ambiente del trabajo. Que continúen éstas a normalizar el medio ambiente laboral, pero con fuerte aparato de aquellas para control y amparo, como quiso el constituyente originario.

Para Celso Antônio Pacheco Fiorillo, el Medio Ambiente del Trabajo es el lugar donde las personas desarrollan sus actividades laborales, sean remuneradas o no, cuyo equilibrio está basado en la salubridad del medio y en la ausencia de agentes que comprometen la incolumidad físico-psíquica de los trabajadores, independiente de la condición que ostenten (hombre o mujeres, mayores o menores de edad, empleados o servidores públicos, autónomos, etc.)<sup>38</sup>.

Para Belfort, el medio ambiente del trabajo puede ser definido como:

*El lugar donde se desarrolla la prestación de los servicios tanto internamente o externamente y también el ambiente reservado por el empleador para el descanso del trabajador, dotado de condiciones higiénicas básicas, reglas de seguridad capaces de preservar la integridad física y la salud de las personas las personas involucradas en la labor, con el dominio, el control, el reconocimiento y la evaluación de los riesgos concretos o potenciales existentes, así considerados agentes químicos, físicos y biológicos, en el objetivo primordial de propiciar calidad de vida satisfactoria y la protección secundaria del conjunto de bienes muebles e inmuebles utilizados en la actividad productiva*<sup>39</sup>.

En vista del poder de dirección en el contrato de trabajo, el empleador deberá tomar todas las precauciones para evitar el accidente de trabajo, ya sea de cara a cuidados específicos, de acuerdo con las actividades desarrolladas, sean elementos generales de protección a la relación de empleo, en consecuencia de accidentes derivados de las condiciones generales del lugar de prestación de servicios, además de otros locales que el empleado necesita frecuentar como resultado de la subordinación existente<sup>40</sup>.

En este sentido es la lección de José Luis Monereo Pérez:

*La subestimación de los riesgos tecnológicos e industriales ha resultado por desgracia una constante. Para tratar de hacer frente a este gravísimo problema se ha desarrollado el conjunto de ideas que conocemos bajo la denominación del principio de precaución y las propuestas políticas preventivas y precautorais basadas en el mismo. Lo que pone a la orden del día el*

<sup>36</sup> SILVA, J. A. Direito ambiental constitucional. 10. Ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 6.

<sup>37</sup> Art. 200. *Al sistema único de salud compete, además de otras atribuciones, en los términos de la ley: VIII - colaborar en la protección del medio ambiente, en el comprendido el del trabajo.*

<sup>38</sup> FIORILLO, Celso Antonio Pacheco, op. cit. pp. 22-23.

<sup>39</sup> BELFORT, F. J. C., *Idem*, p. 51.

<sup>40</sup> BARROSO, F. T. *Acidente de trabalho com morte, aspectos constitutivos indenizatórios de ordem material e moral*, En: "Trabalho e Saúde", Coordenador EÇA, V. S. de M., Belo Horizonte, RTM, 2015, p. 33.

*principio de precaución son las condiciones contextuales nuevas en las que se tienen que tomar decisiones. El enfoque cautelar precautorio recomienda actuar antes que existan febacientes de daño, especialmente si se trata de perjuicios a largo plazo o irreversibles. El principio de precaución viene a decir que “es mejor prevenir que curar”. La cultura clásica del riesgo defiende la libre empresa y la comercialización de productos sin trabas en tanto que la peligrosidad no haya sido probada. La nueva cultura del riesgo (incertidumbre), fundada en el principio de precaución, invierte la proposición considerando que la prudencia se impone en tanto no se haya probado inocuidad<sup>41</sup>.*

Sin embargo, parece que el temor por el pago de indemnizaciones laborales por sí solo no es suficiente para elevar las inversiones en seguridad en el medio ambiente de trabajo. Ni siquiera una carga tributaria previsional imputada en la hoja de salarios, con el advenimiento del Factor Accidentario de Prevención<sup>42</sup> a multiplicar en la alícuota del seguro de accidente del trabajo, entusiasma al empresario brasileño a invertir en prevención en el medio ambiente del trabajo.

Es necesario más rigor del Estado en la fiscalización y aplicación de las normas punitivas. También no se puede olvidar la débil capacitación de personas para la protección del ambiente laboral. El ambiente educativo se resiente de una mayor atención. Los empresarios y los trabajadores deben conocer mejor las normas de protección del trabajo. Uno culpa al otro por sus incautos.

Y al final de todo, el medio ambiente de trabajo perjudicial a la salud del trabajador no acaba por alcanzar solamente su derecho individual, sino a toda colectividad, pues deberá arcar con el pago de un eventual beneficio previsional por incapacidad o jubilación especial, o mismo el sufrimiento de la familia por un infortunio que puede traer a la muerte del trabajador.

De otro modo, la inversión en el medio ambiente del trabajo trae varios beneficios a la empresa: alta calidad de los productos y servicios que proporciona, acentuada reducción en el número de alejamientos resultantes de la siniestralidad laboral, mayor disponibilidad de mano de obra.

La eliminación de todos los efectos insalubres, peligrosos o penosos no es tarea de las más simples. No se eliminan los efectos como un todo, sino el impacto que puede causar al trabajador. Este es el verdadero objetivo: combatir las causas y no proporcionar soporte sólo para las consecuencias.

De esta forma, expande y perfecciona el pago de prestaciones de seguridad como la jubilación especial, ampliando su protección a un número más grande de personas. Proporciona condiciones de compensación por exposición a agentes nocivos. Pero ¿por qué no cuidar de las causas junto con las consecuencias? Eliminando riesgos previsibles y trabajando en la imprevisibilidad. El secreto es la protección gradual de las causas.

Los equipos de protección individual y colectiva son parte del todo en el modo de protección del trabajador. Si todos los colectivos fallaron y con ellos el ambiente en sí, queda la difícil misión

<sup>41</sup> MONEREO PÉREZ, J. L. *Integración de la gestión de riesgos medioambientales en la prevención de riesgos laborales. La interrelación de la gestión de la prevención de riesgos laborales y del medio ambiente*. En: “La prevención de riesgos medioambientales en el ámbito de las relaciones de trabajo”. Dirección y co-autoría: MONEREO PÉREZ, J. L y VALLEJO, P. R., Comares, Granada, 2011, p. 352

<sup>42</sup> El FAP es un multiplicador, actualmente calculado por establecimiento, que varía de 0,5000 a 2,0000, a ser aplicado sobre las alícuotas del 1 %, 2 % o 3 % de la tarificación colectiva por subclase económica, incidentes sobre la hoja de salarios de las empresas para costear jubilaciones especiales y beneficios derivados de accidentes de trabajo. El FAP varía anualmente. Se calcula siempre sobre los dos últimos años de todo el historial de accidentalidad y de registros accidentales de la Seguridad Social. Por la metodología del FAP, las empresas que registren mayor número de accidentes o enfermedades ocupacionales, pagan más. Por otro lado, el Factor Accidentario de Prevención - FAP aumenta la bonificación de las empresas que registran accidentalidad menor. En el caso de ningún evento de accidente de trabajo, la empresa está bonificada con la reducción del 50 % de la alícuota. En: <http://www.previdencia.gov.br/saude-yseguridad-de-trabalhador/politicas-de-prevencao/fator-acidentario-de-prevencao-fap/> Investigación en 19/11/17.



para los individuales contener la agresión. Muchas veces, esto no ocurre y el trabajador acaba afectado y maculado.

Pero para evitar que el último de los guerreros (el equipo de protección individual) sea caído, los colectivos y, en todo caso, todo el ambiente laboral deben estar aptos para evitar la exposición a los agentes agresores. Los formularios de verificación de agresión al trabajador en su medio ambiente de trabajo, por medio de sus funciones y locales, se muestran compatibles, pero un tanto ineficaces.

Aunque sea obligado a llenar tales documentos, a veces los empleadores no lo informan los riesgos que sus empleados están expuestos. El resultado de ello son laudos y formularios que no reflejan la realidad. Esto es cuando no se producen fraudes.

Wladimir Novaes Martinez<sup>43</sup>, en el que se describe la concepción del Perfil Profisiográfico de Seguro Social (PPP), enseña que:

*Perfil profisiográfico consiste en un mapeo actualizado de las circunstancias laborales y ambientales, con fiel descripción de las diferentes funciones del empleado, frente a los agentes nocivos, relato de la empresa, identificación e intensidad de los riesgos, referencia a la periodicidad de la ejecución de trabajo, en fin, informe eficiente del escenario de trabajo, concebido para fines de seguridad.*

Sin embargo, el objetivo del PPP, cuando está bien informado (lo que no es seguido por los empresarios, por regla general, es mostrarles que los ambientes de trabajo ofrecidos a los obreros necesitan mejoras, y una vez no ejecutados, ocasionan responsabilidades civil, penal, administrativa. El PPP es un documento hábil al asegurado para hacer prueba ante el Instituto Nacional do Seguro Social de que está expuesto a agentes nocivos.

Según el Tribunal Superior del Trabajo brasileño, en su Súmula 289<sup>44</sup>:

*El sencillo suministro del aparato de protección por el empleador no lo exime del pago de adicional de insalubridad, cabiéndole tomar las medidas que conduzcan a la disminución o eliminación de la nocividad, entre las cuales se refieren al uso efectivo del equipo por el empleado.*

Por supuesto, la inversión debe venir acompañada con el suministro del EPI, además de los entrenamientos de la mano de obra, y primordialmente la fiscalización del uso correcto, el cambio y el mantenimiento de los equipos, entre otros.

De modo diverso, en la mera previdencia, para la concesión de jubilación especial, el Supremo Tribunal Federal, en el Recurso Extraordinario con Agravo (ARE) n. 664335, acabó por clavar lo que ya había como divergencia entre decisiones de la Justicia del Trabajo y de la Justicia Federal.

En las causas de la seguridad social, antes de la adhesión decisiva, el *Instituto Nacional do Seguro Social* era condenado a implantar la jubilación especial o reconocer el tiempo especial para fines de conversión, aunque hubiera pruebas del suministro del equipo de protección y que el mismo era eficaz, como determina la jurisprudencia sobre tal condición: *El uso de equipos de protección individual (EPI) aunque elimine la insalubridad, en caso de exposición al ruido no descaracteriza el tiempo de servicio especial prestado*<sup>45</sup>.

Sin embargo, a partir de diciembre de 2014, la Corte Suprema, en el juicio del Recurso Extraordinario con Agravio (ARE) n. 664335, con repercusión general reconocida, fijó el entendimiento que:

<sup>43</sup> MARTINEZ, Wladimir Novaes. Aposentadoria especial. São Paulo: LTr, 2006, p. 46.

<sup>44</sup> *Consustancia la interpretación del Tribunal sobre determinado tema, directriz que se encuentra destituida de efecto vinculante. Resulta de actividad jurisdiccional, que es concreta y declarativa, no constituyendo actos normativos.* PEDUZZI, M. C. En: "Dicionário Brasileiro de Direito do Trabalho", Organizado por: PINTO, J. A. R., Martinez, L. y MANRICH, N. São Paulo, Ltr, 2013, p.439.

<sup>45</sup> <http://www.jf.jus.br/phpdoc/virtus/sumula.php?nsul=9>. Búsqueda en 12/07/2018. *Súmula n° 9 de La Turma Nacional de Uniformización de los Juzgados Especiales Federales.*

*(i) el derecho a la jubilación especial presupone la efectiva exposición del trabajador a agente nocivo a su salud, de modo que si el Equipo de Protección Individual (EPI) es realmente capaz de neutralizar la nocividad, no habrá respaldo a la concesión constitucional de jubilación especial"; (ii) y que "en la hipótesis de exposición del trabajador a ruido por encima de los límites legales de tolerancia, la declaración del empleador en el marco del Perfil Profesional de Seguridad Social (PPP), en el sentido de la eficacia del Equipo de Protección Individual (EPI), no descaracteriza el tiempo de servicio especial para la jubilación<sup>46</sup>.*

In casu, este fallo del STF muestra la situación de un asegurado que trabajaba expuesto de modo habitual y permanente a ruidos que llegaban a 95 decibeles.

Por lo tanto, o el empresario proporciona la no afectación eficaz (neutraliza la nocividad) del trabajador a los agentes agresores o va a costear para la previsión social con los adicionales del seguro de accidente del trabajo sobre las remuneraciones específicas de quien está expuesto (surgirá el derecho al beneficio de la jubilación especial). Podría venir a tener trabajadores alejados por incapacidades laborales, además de poder tener que pagar indemnizaciones de las más diversas, al mismo tiempo del resultado de acción regresiva por el estado en su desfavor.

Y en el caso del ruido, aunque haya protección integral, aún así va a cotizar y el trabajador tendrá derecho a la jubilación especial en cualquier circunstancia. Es que en el caso del agente físico ruido en niveles intolerables, acarrea la reducción o pérdida de la audición<sup>47</sup>, que se ha convertido en una incapacidad laboral temporal o permanente (sordera). En este último caso, habiendo el perjuicio audiométrico igual o superior a 25 decibeles.

La explicación por la protección social, incluso en los casos de integral neutralización con los equipos, se da porque el ruido penetra en los poros de la piel y en huesos y tejidos corpóreos, causando diversas anomalías orgánicas. En Brasil, el *Instituto Nacional do Seguro Social*, no reconoce esas consecuencias traídas en los laudos, pero ante la reciente decisión del STF<sup>48</sup>, tendrá que cambiar de entendimiento, teniendo en cuenta la repercusión general reconocida.

La dificultad está instalada. Si el equipo de protección neutraliza, podrá aún así, que tener de efectuar pagos de los adicionales de insalubridad (*Súmula* n° 289 del TST). Pero si el equipo de protección neutraliza, no habrá cobertura previsional, excepto en el caso del ruido (ARE n° 664335).

Y lo que nadie se está cuestionando es la garantía de que el equipo neutralizará? ¿Quién garantiza? ¿Los laudos producidos? ¿Quién confiere y fiscaliza la idoneidad de todos esos laudos? Para un lado u otro. Puede no estar neutralizando y el laudo así garantizar. Puede estar neutralizando y el laudo así afirmar. Pero puede no estar neutralizando, pero el laudo afirma que está (y viceversa).

Todo esfuerzo constructivo de la jurisprudencia se refiere a la efectiva neutralización que el equipo de protección individual puede ejercer ante agentes agresores. Pero no hay ninguna mirada en las protecciones colectivas y de todo el medio ambiente del trabajo. Más que simplemente proporcionar herramientas para evitar el riesgo, porque no disminuirlo o evitarlo de fuera hacia adentro y no de dentro hacia afuera?

Estos son casos reales que imponen tanto el desafío como el esfuerzo de todos los sectores de la sociedad involucrados. El medio ambiente del trabajo se impone como elemento indiscutible en la manutención de condiciones mínimas de protección a todos, además de la garantía a la inversión económica equilibrada, sostenible.

Tal como está en Brasil, se observa que el modelo de jubilación especial está en vigor, con variadas condiciones y dificultades de efectivación para el bienestar del trabajador y de su familia.

<sup>46</sup> <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7734901>. Búsqueda en 12/07/2018.

<sup>47</sup> Véase estudios de Gerges, S. N.Y. En: *Protetores Auditivos*, Florianópolis (SC), NR Ed., 2003.

<sup>48</sup> <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=281259>. Búsqueda en 20/11/17.

Se pone de relieve que haya la efectiva fiscalización de las actividades que proporcionen la jubilación especial como un marco de protección de la familia, pues esta es la fase final del trabajo humano en que el estado tiene la obligación de conceder condiciones mínimas de vida, lo que implica vida digna en familia durante sea en el período de prestación de servicios, sea ya en su jubilación, con o sin consecuencias del modelo de trabajo prestado.

Por fin, se tiene que la jubilación especial siempre ha sido criticada, pero acabar con ella no es la respuesta correcta a las crisis financieras, ni siquiera disminuir el acceso a ella, con criterios draconianos en reformas de la seguridad social, sino mantenerla como protección a las consecuencias y, progresivamente, trabajar para la disminución y extinción de las causas, o al menos, la afectación a ellas.

### III. CONCLUSIÓN

El medio ambiente de trabajo debe estar asociado a un equilibrio armónico entre la empresa y el trabajador. Se trata de derecho fundamental: tener ambiente laboral sano y seguridad social frente a los riesgos sociales, previsión social eficaz, mejor dicho.

La inversión en el medio ambiente de trabajo trae varios beneficios a la empresa, como mejora de la calidad del servicio, disminución de tributos, reducción del número de bajas, entre otros. Para el trabajador la inversión posibilita mayor seguridad en la realización de la labor y la garantía de un medio ambiente de trabajo sano, equilibrado, con una estabilidad y garantía de condiciones óptimas de prestación de servicios.

Para mejor preservar la integridad del trabajador, se crean normas reguladoras de seguridad y salud en el trabajo, previendo la utilización de equipos de protección colectivos e individuales para mejorar el medio ambiente del trabajo.

La neutralización o disminución de ambientes perjudiciales a la salud o integridad física del trabajo no es tarea simple, pero posible, atacando desde afuera hacia dentro, no desde dentro hacia afuera, persiguiendo las causas.

Pero en las situaciones de exposición a agentes agresores (con comprobación de efectiva exposición y de modo habitual y permanente), el trabajador recibe una compensación del Régimen General de Previsión Social con la posibilidad de jubilación con reducción del tiempo de contribución a 15 (quince) años, 20 (veinte) años o 25 (veinticinco) años, ante un medio ambiente del trabajo en desequilibrio. No como quiso la Constitución de Brasil del año de 1988.

La decisión reciente del Supremo Tribunal Federal pasó a incendiar la cuestión, pues el derecho a la jubilación especial sólo ocurrirá si el equipo de protección individual no es efectivo y no neutraliza al agresor. La posición diversa para la insalubridad tuvo el Tribunal Superior del Trabajo.

La cuestión es que dejar para que el uso de EPI garantice la integridad de los trabajadores, para que después tengan o no derecho a la prestación social, es dejar al ser humano al margen de incompetencias estatales y empresariales.

El gran ideario a ser perseguido es la efectiva atención a las causas y sus diagnósticos, buscando dirimiéndolas de la proximidad con el trabajador. Actuar solamente en las consecuencias y conceder protecciones individuales y colectivas, conceder beneficios previsionales por exposición, por incapacidades laborales, etc es cerrar los ojos a los problemas por la eternidad.

Las causas tienen que ser enfrentadas. Aunque de modo progresivo y armónico: mientras el medio ambiente del trabajo no tenga integral protección y efectividad para la salud y seguridad del trabajador, las protecciones sociales en consecuencia deben ser efectivas.

Tal como está en Brasil, se observa que el modelo de jubilación especial está en vigor, con variadas condiciones y dificultades de efectivación para el bienestar del trabajador y de su familia.

Se pone de relieve que haya la efectiva fiscalización de las actividades que proporcionen la jubilación especial como un marco de protección de la familia, pues esta es la fase final del trabajo

humano en que el estado tiene la obligación de conceder condiciones mínimas de vida, lo que implica vida digna en familia durante sea en el período de prestación de servicios, sea ya en su jubilación, con o sin consecuencias del modelo de trabajo prestado.

Por fin, se tiene que la jubilación especial siempre ha sido criticada, pero acabar con ella no es la respuesta correcta a las crisis financieras, ni siquiera disminuir el acceso a ella, con criterios draconianos en reformas de la seguridad social, sino mantenerla como protección a las consecuencias y, progresivamente, trabajar para la disminución y extinción de las causas, o al menos, la afectación a ellas.

# CAPÍTULO IV. MÁS ALLÁ DE LOS BENEFICIOS DE LA CONCILIACIÓN DE LA VIDA PERSONAL/FAMILIAR Y LABORAL PARA LOS/AS TRABAJADORES/AS: LAS VENTAJAS PARA LA EMPRESA Y PARA LA SOCIEDAD

EVA MARÍA BLÁZQUEZ AGUDO

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad Carlos III de Madrid*

## I. LOS BENEFICIOS GENERALES DE LA CONCILIACIÓN

Es usual que se defienda la necesidad de establecer medidas que colaboren con la conciliación de la vida personal y laboral de los/as trabajadores/as, sobre todo a los efectos de cooperar en la lucha contra la discriminación de las mujeres en el mercado laboral. Como son ellas quienes asumen fundamentalmente los cuidados familiares, los instrumentos de conciliación (reducciones de jornada, excedencias, permisos, o incluso la utilización de los contratos a tiempo parcial<sup>1</sup>) son también utilizados por las trabajadoras con la consiguiente petrificación de sus peores condiciones laborales, esto es, el uso de estas medidas, en cierto modo, como se verá, perpetúan la brecha salarial y, consecuentemente, la brecha en pensiones, así como provoca trabas en la promoción profesional.

La razón de esta realidad en la asunción de las cargas familiares se debe, en parte, a que aún no se ha superado el antiguo reparto de tareas en las familias, lo que, en primer lugar, influye en su todavía menor incorporación al mercado laboral de las mujeres<sup>2</sup>, pero igualmente hay otros elementos a valorar como la brecha salarial, que es un efecto y una causa a la vez. Las mujeres, en general, aportan una menor remuneración a la familia, con lo que siempre tiene menor consecuencia si son ellas las que reducen su jornada, de modo que la tendencia será a optar por que sean ellas las que se encarguen de los cuidados. Es decir, es más barato para el grupo familiar que sea la madre la que asuma los cuidados de los/as menores. Por otro lado, esta situación a la vez incide en la denominada “brecha horaria”: las mujeres trabajan menos horas, ya que tienen menos tiempo disponible para desarrollar una actividad laboral, debido a que asume las tareas familiares<sup>3</sup>; y esta situación de nuevo vuelve a tener efectos en la pérdida de ingresos, incrementando la discriminación por razón de sexo en el mercado laboral. En definitiva, las necesidades de conciliación es uno de los elementos que más influye en la situación laboral de las trabajadoras, puesto que provoca efectos perniciosos en una especie de círculo vicioso. Es por esto por lo que es preciso establecer instrumentos adecuados que puedan colaborar con la corresponsabilidad, pero que no provoquen dichas consecuencias adversas.

<sup>1</sup> En 2015 el porcentaje de parcialidad fue de 33 % para las mujeres y 10 % para los hombres. Vid. EUROFOUND: *Work-life balance and flexible working arrangements in the European Union*, July 2017, pág. 2.

<sup>2</sup> La tasa europea media de empleo de las mujeres con hijos menores de seis años es aproximadamente un 8,8 % inferior en comparación con el resto de las mujeres. Mientras que los hombres en la misma situación elevan su tiempo de trabajo en una media de un 12 % respecto a los que no tienen hijos. FUENTE. EUROSTAT, 2015.

<sup>3</sup> Entre 2005 y 2015 la semana media de los trabajadores de la UE era seis horas superior a la de las trabajadoras, diferencia que se acrecienta especialmente desde el momento que son madres y hasta que los hijos tienen doce años. Vid. EUROFOUND: *Work-life balance and flexible working arrangements in the European Union*, 2017, pág. 2.

Por otra parte, los adecuados instrumentos para la conciliación no solo benefician a los/as trabajadores/as, sino también a las empresas. Es preciso que las organizaciones vean las medidas de conciliación como una oportunidad de mejorar su clima laboral, conseguir una mayor productividad y reducir su absentismo, teniendo en cuenta que en la mayoría de los supuestos la implementación de estas acciones no va a implicar la asunción de grandes costes. En su caso, solo tendrán que asumir ciertos gastos limitados de tramitación y de sustitución de trabajadores a corto y medio plazo<sup>4</sup>, que serán menores que los beneficios a conseguir. No hay que perder de vista que las mejores condiciones laborales llevan a que los/as trabajadores/as desarrollen su prestación de forma más adecuada, de este modo si se les permite la conciliación de sus asuntos personales y familiares, se estará garantizando la calidad de su trabajo. Por otro lado, siempre se puede avanzar en la reducción de los gastos que estos instrumentos generen a las empresas a través de las convenientes políticas públicas, como a continuación se analizará.

Recogiendo ambas líneas (los beneficios empresa-empleado/a), la Comisión Europea ha señalado recientemente que es preciso establecer políticas que colaboren en el incremento de la tasa de actividad de las mujeres y su progresión profesional mediante una política moderna de conciliación de la vida familiar y profesional. Y, añade, que esto no solo es positivo desde la perspectiva de los/as trabajadores/as, sino también para los/as empresarios/as, puesto que les ayudará a retener talento, a mejorar el clima laboral, a aumentar su productividad y a reducir el absentismo<sup>5</sup>.

Pero, además, dichas medidas también tienen una importante implicación social<sup>6</sup>: su aportación a la natalidad como bien común preciso para el mantenimiento futuro del mercado laboral y el sistema de protección social. Como bien se conoce, la baja natalidad está coadyuvando a que la población envejezca<sup>7</sup>, lo cual en un futuro próximo conllevará que el número de ciudadanos/as en edad de trabajar disminuya. Por otro lado, el sistema de reparto que rige el sistema de la Seguridad Social se sostiene con las aportaciones de los/as activos/as que con sus cotizaciones pagan las pensiones de los pasivos/as. De esta forma el mantenimiento de la tasa de empleo en el futuro es fundamental para seguir con el sostenimiento de dicho sistema. En definitiva, el problema de la natalidad es un asunto que atañe a los/as trabajadores/as, a los/as empresarios/as y a la ciudadanía en general. No obstante, no se trata tanto de promocionar el aumento del número de nacimientos sin más, sino de apoyar las opciones personales de los que deciden tener hijos. Es decir, que cuestiones económicas o laborales no influyan en las decisiones familiares en este ámbito.

Desde esta perspectiva del beneficio común, esta comunicación busca demostrar las ventajas de la conciliación en las empresas y para la sociedad en general con el fin de poner en evidencia la necesidad de emprender políticas públicas de corresponsabilidad desde todos los niveles sociales, resolviendo las cuestiones planteadas en materia de conciliación e, indirectamente, las de discriminación laboral por razón de sexo.

## II. HACIA LA MEJORA DE LAS MEDIDAS EN EL CONTEXTO LABORAL

En la actualidad, la legislación laboral no aporta demasiadas soluciones a los retos planteados por la conciliación de la vida laboral y personal/familiar de los/as trabajadores/as. Apenas se regulan permisos retribuidos en casos puntuales de nacimiento de hijo, o por accidente,

<sup>4</sup> Documento de trabajo de los servicios de la Comisión: Evaluación de impacto que acompaña a la Comunicación «Un nuevo comienzo para la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores».

<sup>5</sup> COMISIÓN EUROPEA: *Una iniciativa para promover la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores*, Bruselas, 2017, págs. 2 y 3.

<sup>6</sup> La importancia social viene avalada por los datos: un 88 % de las mujeres y un 64 % de los hombres mayores de dieciocho años han desarrollado diariamente actividades de cuidado de sus descendientes; en el mercado laboral, están involucrados en tareas de cuidados de descendientes un 35 % de los trabajadores y un 45 % de las trabajadoras. EUROFOUND: *European Quality of Life Survey*, 2016.

<sup>7</sup> 1,31 hijos por cada 1000 mujeres en 2017. FUENTE: INE.

enfermedad, hospitalización o intervención quirúrgica de familiar; así como para acudir a exámenes prenatales y técnicas de preparación al parto/ sesiones informativas y preparación en caso de acogimiento o adopción, que en ocasiones se extienden por negociación colectiva. En general, los convenios colectivos amplían la duración de estos permisos o su casuística (por ejemplo, incrementando las relaciones familiares que abren el derecho). En reducidas ocasiones, recogen otras situaciones de hecho de acuerdo con las necesidades familiares de los/as trabajadores/as: visitas médicas propias o para acompañar a sus parientes, por ejemplo<sup>8</sup>.

Un segundo grupo de permisos son los relacionados directamente con el cuidado de los/as hijos/as (el permiso de lactancia y el permiso por nacimiento de hijo prematuro u hospitalizado después de nacer; y la reducción de la jornada por necesidad de cuidado de hijo menor de doce años o discapacitado y en caso de hijo hospitalizado o con enfermedad grave hasta los dieciocho años). En este grupo la negociación colectiva fundamentalmente recoge la acumulación de los días del permiso de lactancia a disfrutar después de las bajas por maternidad/paternidad.

## 1. LA NECESARIA CONCRECIÓN LEGAL

Sin embargo, ante este mutismo legislativo quedan muchas cuestiones sobre las que avanzar en la regulación legal de los permisos. Aunque es verdad que puede ser adecuada la concreción negocial para adaptarla a cada sector/empresa, no obstante, se entiende que es preciso determinar unos mínimos en el Estatuto de los Trabajadores. En este sentido, por ejemplo, en primer lugar, es fundamental que se extienda la posibilidad de disfrutar los derechos a tiempo parcial. Así, en ocasiones la organización de los cuidados puede dividirse entre las familias por días, medios días o por horas, y parece fundamental que la norma permita dicha adaptación. Por otro parte, es necesaria la determinación del momento concreto de inicio de los permisos. En los últimos tiempos la jurisprudencia ha tenido que determinar cómo contabilizar los días de permiso cuando la situación causante ocurre en día inhábil<sup>9</sup>. Por lo tanto, esta es una de las cuestiones a resolver por vía estatutaria, pero, asimismo, también habría que plantearse si solo contabilizar los días hábiles o incluso la posibilidad de que el disfrute se haga en un momento ulterior a la situación desencadenante cuando los cuidados se postergan en el tiempo por el propio reparto familiar. Otra cuestión es su adaptación a las nuevas realidades familiares, por ejemplo, a la división de tiempo de cuidado de acuerdo con las custodias de los hijos (compartidas o no), el derecho a visitas, entre otras. En conclusión, se entiende que la regulación actual es demasiado reducida y lleva a la necesaria concreción negocial, que cuando no cumple con la función encomendada, provoca disfunciones en la materia que conlleva a un uso excesivo de los tribunales con el fin de resolver las controversias surgidas en su utilización.

En otro orden de cosas, respecto a los permisos de lactancia, ya en el segundo grupo, en la actualidad se suelen concentrar las horas de reducción de jornada por este motivo y se disfruta acumulado después del período de maternidad con el fin de prolongar el tiempo de cuidado en muchos convenios colectivos. No parece de gran utilidad reducir una hora de trabajo por lactancia en mitad de la jornada, tal y como indica el Estatuto de los Trabajadores, excepto en pequeñas localidades donde sea posible el traslado con rapidez, lo que en los demás casos llevará a la reducción de una hora al final de la jornada, la otra alternativa legal, que seguramente no cumple la finalidad de colaborar en la lactancia, dado que la ausencia del progenitor a lo largo de la jornada es excesiva para el cumplimiento de las propias finalidades del permiso.

Así, parece que en este contexto la opción más adecuada es la acumulación al final del disfrute de los períodos de maternidad/paternidad como modo de aumentar los días de cuidado directo

<sup>8</sup> Un análisis sobre estos permisos se puede consultar en BLÁZQUEZ AGUDO, E.M.: “Medidas reductoras del absentismo causado por motivos relacionados con la conciliación de la vida familiar: permisos de paternidad y otras medidas de flexibilidad” en VV.AA.: *VI Informe ADECCO sobre Absentismo*, 2017, págs. 83 y ss.

<sup>9</sup> La Sentencia del Tribunal Supremo, sala IV, núm. 45/2018, de 18 de febrero, entiende como primer día de cómputo de un permiso retribuido el primer día lectivo o hábil siguiente al festivo en el que se produjo el hecho causante exclusivamente para los permisos por nacimiento de hijo, fallecimiento de familiar y matrimonio.

del/de la menor de nueve meses. Dos cuestiones hay que señalar al respecto. En primer lugar, solo se tiene derecho a dicha acumulación cuando ha sido reconocida por negociación colectiva. Por otro lado, en estas circunstancias en cada convenio colectivo se hace un cálculo distinto (los hay que van desde diez hasta treinta días, unas veces hábiles y otras naturales), de forma que es precisa una regulación que permita a toda la plantilla el disfrute de esta opción y que, además, iguale el modo de disfrutar del derecho<sup>10</sup>. No parece adecuado que un permiso cuyo objetivo es colaborar con la lactancia dependa del sector donde la madre/padre desarrolle su actividad, por lo que desde aquí se reivindica que el propio Estatuto de los Trabajadores debería incluirse una tercera vía de disfrute (la acumulación del permiso) que abriese el derecho para todos los progenitores y que se concretase una duración idéntica en todos los supuestos.

## 2. LA SUSTITUCIÓN DE LOS PERMISOS POR UN SISTEMA DE BOLSA DE HORAS

Además de la concreción legal de los permisos legales, desde aquí se reivindica que todos ellos en conjunto sean sustituidos por bolsas de horas o permisos por asuntos propios, de forma que los/as trabajadores/as puedan organizar su vida familiar y laboral sin ninguna otra limitación.

En este contexto, las fórmulas más beneficiosas son las que menos restringen su disfrute por razones de la organización de la empresa. Si la concesión de este tipo de permisos se limita en exceso a las necesidades empresariales se pierde su fundamento de agilizar la utilización de estos instrumentos. Así, las restricciones deben aplicarse solo en supuestos de fuerza mayor, donde la empresa no tenga otra solución para atender su actividad.

Por otro lado, igualmente es importante que el trabajo pospuesto no se desplace hacia otros compañeros/as, sino que permita su recuperación en un momento posterior por el/la propio/a empleado/a. Esta posición es fundamental para evitar el mal clima laboral: no se debe beneficiar a un/una trabajador/a frente a otro/a. En caso contrario, puede crear un mal ambiente de trabajo. La idea es flexibilizar el horario de trabajo de cada uno/una de los/as trabajadores/as para que puedan atender a su vida familiar y personal de forma adecuada, pero sin provocar cargas en el resto de la plantilla. La consecuencia natural de esta regulación es que si lo que se trata es de flexibilizar el tiempo de trabajo, el disfrute de las bolsas de hora deberá de ser remunerado. No se busca reducir la jornada laboral, sino flexibilizar su uso, de forma que la retribución no se verá afectada y, por tanto, los/as trabajadores/as no tendrán trabas en su empleo.

Por último, esta opción de las bolsas de horas beneficiaría también a la empresa en cuanto a que reduciría la gestión, sobre todo si no es preciso alegar causa para su disfrute. En este caso, los/as trabajadores/as podrán utilizar las horas reconocidas de acuerdo con sus necesidades y la empresa no precisará su vigilancia en cuanto a que no será precisa la solicitud de documentación acreditativa, ni tampoco deberá hacer el cálculo del descuento en la retribución, puesto que solamente se estará produciendo un desplazamiento del tiempo de trabajo. Así, será bastante con recibir la notificación sobre su uso y contabilizar dichas horas, lo cual incluso se puede hacer a través de alguna aplicación informática en la propia Intranet de la empresa a los efectos de facilitar dicho disfrute, minimizando aún más todavía las labores de administración.

Por último, otra cuestión positiva en este ámbito es que estos instrumentos reducen también las desigualdades laborales por razón de sexo si su utilización es generalizada, ampliable también a la conciliación con la vida personal. Si todos/as los/as trabajadores/as pueden emplear las bolsas de hora con independencia de cualquier otra cuestión personal/familiar, se eliminan las discriminaciones que ya se han puesto de manifiesto que pueden provocar las necesidades de conciliación, que son mayoritariamente asumidas por las mujeres.

En definitiva, el uso de la bolsa de horas solo trae beneficios tanto para la plantilla como para la empresa, y ninguna desventaja. Es por esto por lo que su uso debería ser implantado de forma

<sup>10</sup> La Sala IV del Tribunal Supremo, de 19 de abril de 2018, sobre el derecho a la acumulación en jornadas completas del permiso de lactancia, ha señalado que cuando el derecho se reconoce en los convenios colectivos la acumulación debe contabilizarse a partir del permiso de una hora y no de la reducción de media.



generalizado, siendo imprescindible, en su caso, su regulación en el Estatuto de los Trabajadores y no solo en la negociación colectiva como hasta ahora.

### 3. LA FLEXIBILIZACIÓN COMO ÚNICA SOLUCIÓN A LA DISCRIMINACIÓN DE LAS TRABAJADORAS O EL FIN DE LA REDUCCIÓN DE JORNADA POR CUIDADO DE HIJOS/AS

En la actualidad, las reducciones de jornadas por guarda legal hasta los doce años son el único medio para compatibilizar salario y cuidado de los/as hijos/as durante un largo período de tiempo. No obstante, como estos instrumentos se utilizan mayoritariamente por mujeres, se convierten en cierta forma en “*fórmulas de discriminación indirecta*”, es decir, una norma que en principio parece es neutra, ya que se reconoce el derecho a todos/as los/as trabajadores/as, de acuerdo con la propia dinámica de la sociedad, el reparto de roles en la familia y la situación de la mujer en el mercado de trabajo llevan a que finalmente se convierta en una opción perjudicial para un determinado colectivo: las trabajadoras que son las que se encargan de la asunción de las cargas familiares<sup>11</sup>.

En primer lugar, como ya se ha indicado, todavía se arrastran dinámicas tradicionales en el reparto de roles en el cuidado. La lógica del hombre que aporta ingresos a la familia y la mujer que se encarga de las labores de hogar solo se ha superado en parte, de hecho, aunque esta ha salido de casa para incorporarse al mercado laboral, sigue asumiendo las cargas familiares de forma mayoritaria, de modo que asume lo que se denomina la doble jornada (fuera y dentro del hogar). Además, si las mujeres perciben de media un salario más bajo debido a la existente brecha salarial, es lógico que la decisión familiar de reducir tiempo de trabajo recaiga sobre ellas, dado que la pérdida económica será menos pernicioso para el grupo. Sin embargo, esta decisión volverá a incidir en dicha brecha y provocará importantes obstáculos en la promoción profesional.

Si la reducción de jornada causada por guarda legal de menores de doce años provoca estos efectos perniciosos en la situación laboral de las trabajadoras, parece claro que será preciso buscar otra solución para colaborar con la conciliación, pero no con la perpetuación de las condiciones laborales de las mujeres. Así, se entiende que el mecanismo adecuado no puede ser otro que la promoción de la flexibilidad laboral en tiempo y lugar.

Otra opción es la extensión de las medidas dirigidas solo a la promoción de la asunción del cuidado por parte de los hombres. Así, por ejemplo, es posible promocionar campañas de sensibilización e información sobre sus derechos; reconocer la extensión del tiempo del permiso de paternidad o la acumulación de la paternidad y vacaciones; fomentar la flexibilización de tiempo y lugar durante los meses posteriores al nacimiento del/de la hijo/a; reconocer permisos exclusivos para los trabajadores para acompañar a sus hijos/as a las consultas médicas; o incluso regular una menor aminoración del salario proporcional a la reducción de jornada por cuidado de familiar. Esta opción puede plantearse transitoriamente a los efectos de colaborar en la concienciación social de la implicación de los hombres en las tareas de cuidado y una vez que alcanzado este objetivo, obviamente estas medidas perderían su fundamento y de nuevo se abogaría por un reconocimiento igualitario de instrumentos de corresponsabilidad. En definitiva, se trataría de fomentar las medidas dirigidas a los trabajadores con el fin de reducir la implicación mayoritaria de las trabajadoras en la asunción de las tareas familiares.

Dejando aparte esta idea, ahora se centra este análisis en la flexibilidad laboral, en concreto, en la relacionada con el tiempo de trabajo. En general, las jornadas de trabajo son muy largas, sin que esto conlleve la mejora de la productividad<sup>12</sup>, de modo que parece fundamental corregir esta desviación que no beneficia a ninguna de las partes. Esto es, es necesario establecer tiempos de trabajo adecuados para los/as trabajadores/as y para las empresas. En este sentido, el artículo 34

<sup>11</sup> PLANTENGA, J. /REMERY, C.: *Review of flexible working time arrangements and gender equality in 30 European countries*, European Commission, 2009, págs. 78 y ss.

<sup>12</sup> COMISIÓN DE IGUALDAD DE OPORTUNIDADES, CEOE: *Perspectiva empresarial sobre la conciliación de la vida laboral y familiar*, versión octubre 2017, pág. 17.

del Estatuto de los Trabajadores señala que debe promoverse “*la utilización de la jornada continuada, el horario flexible u otros modos de organización del tiempo de trabajo y de los descansos que permitan la mayor compatibilidad entre el derecho a la conciliación de la vida personal, familiar y laboral de los trabajadores y la mejora de la productividad en las empresas*”. Esto es, recoge el beneficio de estas medidas para ambas partes: trabajadores/as y empresarios/as.

A continuación, se van a examinar algunas medidas que aportan dicha flexibilidad en el tiempo de trabajo. Empezando por la jornada continua, existe una gran tradición de jornadas partidas en nuestro tejido empresarial, dejando aproximadamente dos horas para la comida, lo que lleva al retraso de la hora de salida, complicando la conciliación de la vida familiar, y llevando a la necesidad de reducir el tiempo de trabajo a través del instrumento legal de reducción por guarda legal. Frente a esta realidad, la jornada continua, que ni reduce el tiempo de trabajo, ni el salario, es una forma inocua de colaborar en la conciliación, sin efectos en la productividad. Es por esto que es fundamental la implementación de jornadas continuas en las empresas.

Por otra parte, en relación con el horario flexible, la implantación de una jornada en la que se permita al/ a la empleado/a elegir su horario diario o, incluso, semanal, obviamente ayudará a la conciliación<sup>13</sup>, pero también a incrementar el rendimiento en la actividad<sup>14</sup>, puesto que llevará al aumento de la satisfacción del trabajador. Hay que defender que estas medidas no deben ser exclusivas para aquellos/as que tengan cargas familiares, sino para todos/as en aras al fomento del buen clima laboral. Es decir, que la flexibilidad del horario debe ser un instrumento que permita tanto la conciliación de la vida laboral con la familiar, pero también con la personal para no crear situaciones de trato desigual entre la plantilla de acuerdo con su situación familiar.

La flexibilidad del horario se complementa con la flexibilidad del lugar de trabajo. El trabajo a distancia permite prestar la actividad laboral en el domicilio del trabajador/a o en el lugar elegido libremente, pudiendo realizarse de modo alternativo al desarrollo presencial en el centro de trabajo<sup>15</sup>. Son especialmente ventajosas estas fórmulas que alternan trabajo en casa y presencial, que permiten conciliar, pero también seguir conectado al ámbito laboral<sup>16</sup>. Uno de los defectos que se atribuyen al teletrabajo es que lleva a la desvinculación del trabajador/a con el resto de la plantilla, es por esto por lo que las fórmulas mixtas evitan estas consecuencias negativas, pero permiten a su vez conseguir la conciliación.

Incluso la jornada puede ser flexibilizada a través de las nuevas tecnologías, lo que lleva a plantear las ventajas/desventajas de la desconexión digital. Es posible que, al contrario de lo que en una primera conclusión podría pensarse, la limitación horaria del uso de ordenadores o de móviles puede tener un efecto perverso en la corresponsabilidad para quienes deciden organizar su tiempo de otra forma distinta. Así, dicha limitación horaria que, en principio, tendría efectos positivos en la mayoría de los supuestos, puede tener consecuencias perniciosas para cierto colectivo de trabajadores/as. Por ejemplo, se puede entender que un/una trabajador/a que decide atender sus cargas familiares a las horas que tradicionalmente son de trabajo, puede emplear otro horario, incluso el nocturno, para atender sus obligaciones laborales. Esta opción es aún más clara para aquellos/as quienes trabajen por objetivos y decidan optar por horarios compatibles con sus responsabilidades familiares. En definitiva, un asunto como la desconexión digital que parece muy clara en una primera aproximación y que, sin duda, puede señalarse que es precisa para evitar atentar contra la propia vida personal y familiar de los/as trabajadores/as, sin embargo, en algunos

<sup>13</sup> El artículo 9 de la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la Conciliación de la Vida Familiar y la Vida Profesional de los Progenitores y de los Cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo, de 26 de abril 2017, aboga por el calendario laboral flexible, sobre todo para los/as trabajadores/as con hijos/as de corta edad.

<sup>14</sup> EUROPEAN INSTITUTE FOR GENDER EQUALITY: *Reconciliation of work, family and private life in the European Union – Policy review*, 2015, pág. 25.

<sup>15</sup> Artículo 9 de la Propuesta de directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la Conciliación de la Vida Familiar y la Vida Profesional de los Progenitores y de los Cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo, de 26 de abril 2017.

<sup>16</sup> EUROFOUND: *Work–life balance and flexible working arrangements in the European Union*, 2017, págs. 6 y 7.

casos puede llevar a conclusiones totalmente contrarias, dado que es posible que se convierta en una herramienta fundamental para la conciliación de cierto grupo de trabajadores/as.

Por último, hay que poner de manifiesto que existen otras medidas menores de flexibilización a los efectos de fomentar el derecho a la corresponsabilidad. Así, por ejemplo, en materia de tiempo de trabajo destacan la flexibilización del disfrute de las vacaciones, sobre todo adaptándolas a las vacaciones escolares de los/as hijos/as; la determinación de horarios racionales para las reuniones, así como su limitación en el tiempo estableciendo su duración y respetándola con el fin de evitar que se alarguen sin justificación alguna; o el apoyo empresarial en las soluciones de necesidades de cuidados a través de sus departamento de Recursos Humanos, entre otras<sup>17</sup>. En el contexto de la flexibilidad del lugar, podrían proponerse el uso de medios telemáticos (videoconferencias) con el fin de que los/as trabajadores/as se puedan conectar desde cualquier lugar; o la posibilidad llevar a cabo la formación online.

### III. LA NECESARIA COLABORACIÓN DE LAS POLÍTICAS PÚBLICAS

En este ámbito de la corresponsabilidad, además de la necesaria regulación a través de la normativa laboral, es precisa la actuación pública en la materia para conseguir la conciliación de la vida familiar y laboral, lo que como ya se ha defendido es preciso con el fin de mejorar la prestación de servicios de los/as trabajadores/as, la productividad y competitividad de las empresas y, además, la adaptación de la tasa de natalidad a los deseos de los progenitores, elemento fundamental para el mantenimiento futuro del sistema de la Seguridad Social. A todo hay que añadir, los beneficios posibles para la consecución de la igualdad en el mercado laboral entre hombres y mujeres, una vez que se consiga la neutralidad por razón de sexo en la contratación, esto es, que sea igual contratar a hombres y mujeres, porque ambos colectivos ejerzan sus derechos a la corresponsabilidad en la misma medida.

No es una idea nueva. Ya el Convenio número 156 de la OIT de 1961 sobre las responsabilidades familiares de los trabajadores señalaba que era preciso que los Estados promocionasen políticas de lucha contra la discriminación laboral mediante el fomento de permisos parentales; la creación de servicios profesionales de cuidado<sup>18</sup>, la concesión de prestaciones en dinero o en especie o la reducciones de tasas y los acuerdos empresariales sobre tiempo de trabajo; así como las medidas de información y educación para fomentar el reparto equitativo de las responsabilidades familiares. Como se puede observar, ya en 1961 se estaba haciendo referencia a la profesionalización de los cuidados y a la necesidad de que las familias recibiesen ayudas para poder contratarlos.

En esta misma línea, la Propuesta de Directiva europea sobre Conciliación, que se ha mencionado en este texto en varias ocasiones, insiste en la necesidad de apoyar políticas familiares con el fin de resolver los desafíos demográficos y sociales; así como de abordar las carencias de las instalaciones de servicios para el cuidado de personas y eliminar los desincentivos económicos para los segundos perceptores de un empleo remunerado<sup>19</sup>. Es decir, que no sea más barato que uno de los progenitores se quede en casa cuidando al/ a la hijos/a que prestar servicios en una empresa, lo que ocurre cuando uno de ellos, en general la mujer, tiene ingresos menores que los que se precisan para pagar los cuidados familiares profesionalizados. En este texto se está apostando de nuevo por los cuidados profesionales y por el fomento de políticas familiares como en el Convenio 156 de la OIT.

<sup>17</sup> CEPYME: *Guía de Buenas Prácticas para la eliminación y prevención de la brecha salarial entre mujeres y hombres. Informe de resultados del estudio*, 2015, págs. 46 y 47.

<sup>18</sup> En la actualidad, se insiste en la profesionalización de los cuidados en VVAA.: *El trabajo de cuidados y los trabajadores del cuidado para un futuro con trabajo decente*, OIT, 2018.

<sup>19</sup> COMISIÓN EUROPEA, *Una iniciativa para promover la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores*, Bruselas, 2017, pág. 8.

Y más recientemente en el IV Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva<sup>20</sup> los firmantes instan a desarrollar medidas integrales para favorecer la igualdad salarial entre hombres y mujeres, entre ellas: el desarrollo de un sistema de atención a la dependencia y a la infancia, además de la equiparación del disfrute de los permisos de paternidad/maternidad de forma que el disfrute sea equitativo, igualitario e intransferible. De nuevo, se está reconociendo las implicaciones de las cargas familiares en la lucha contra la discriminación laboral de las mujeres. En este sentido, el *Informe del CES sobre participación laboral de las mujeres en España* ha puesto en evidencia que, en los países nórdicos, donde se conceden permisos parentales conjuntos de un año retribuidos y existen servicios públicos de atención a la infancia y la dependencia de calidad y universales existe un mercado laboral más proclive a la igualdad por razón de sexo.

De acuerdo con todo lo señalado, se van a apuntar algunas medidas posibles que se podrían regular para fomentar la corresponsabilidad con el fin de tratar de colaborar con todos los fines propuestos en esta comunicación. Empezando por la modificación de los permisos de maternidad/paternidad, la puesta al día de las prestaciones familiares, y el fomento de los servicios de cuidado con un elemento fundamental para facilitar la atención de los descendientes (y, en su caso, de los ascendientes).

## 1. HACIA EL PERMISO POR PARENTALIDAD DE DIEZ SEMANAS

En primer lugar, se entiende preciso sustituir el concepto de maternidad/paternidad por uno más inclusivo como es el de parentalidad. Es decir, hay que tratar de suplir la idea de permisos para padres y para madres por permisos que sean indistintos para unos y para otros. Desde esta idea se inicia este epígrafe.

La Propuesta de Directiva europea sobre Conciliación incluye como uno de sus objetivos principales el incremento de la frecuencia con la que los hombres se acojan a permisos relacionados con la familia, proponiendo el reconocimiento de permisos de paternidad de, al menos, diez semanas, entorno a la fecha del nacimiento de los/as hijos/as. Yendo más allá se está debatiendo en España en estos momentos la equiparación de los permisos por maternidad y paternidad a dieciséis semanas<sup>21</sup>. Pero ¿es factible la implantación de estas medidas?

En primer lugar, una mejora en cualquier prestación, incluida la maternidad/paternidad, lleva sin duda a plantearse, su viabilidad financiera. En este contexto, hay que centrarse en los costes públicos, ya que los empresariales quedarían reducidos a la reorganización y la adaptación de la plantilla<sup>22</sup>, con independencia de que cualquier medida que apoye la contratación de interinos por las empresas serán muy adecuadas en este contexto. Así, ya existen bonificaciones de las cotizaciones en caso de contratación de sustitutos/as de los trabajadores/as en baja por estos motivos, lo que se entiende un instrumento muy adecuado a los efectos de fomentar la contratación de sustitutos en vez de optar por el reparto del trabajo entre el resto de los/as trabajadores/as.

Centrándose en los costes públicos, en la propuesta de Directiva mencionada se aconseja el abono en las prestaciones de paternidad de la misma cuantía asignada a las ayudas relativas a las bajas por enfermedad (60 % de la base reguladora desde el día 4 al 20 y el 75 % desde el día 21 en adelante). Es decir, se aconseja el pago de un importe menor al reconocido en la actualidad en el sistema español que es del 100 % de la base reguladora correspondiente. En conclusión, si se sigue dicha propuesta se estaría aminorando, por tanto, la cuantía del subsidio y aumentando su duración respecto a la regulación actual en España para la prestación por paternidad. Si la idea es igualar los derechos de los progenitores y se sigue el consejo de la Unión Europea habría que

<sup>20</sup> BOE núm. 173, de 18 de julio de 2018.

<sup>21</sup> Por otro lado, recientemente se ha admitido a trámite un recurso que plantea la discriminación del padre frente a la madre en el acceso a la prestación por maternidad y paternidad causada por nacimiento de hijo/a, fundamentado en que se trata de una cuestión jurídicamente relevante y de general repercusión social y económica.

<sup>22</sup> PÉREZ DEL PRADO, D.: "Costes empresariales de la salud de la mujer" en. VV.AA., BLÁZQUEZ AGUDO, E.M. (dir.), *Informe sobre salud laboral desde la perspectiva de género*, UC3M, 2017, pág. 11.

reducir también el importe de la maternidad, lo que no se entiende adecuado a la vista del derecho que se promociona con esta prestación y el panorama nacional de la tasa de natalidad. Lo que parece oportuno, por lo tanto, no es reducir la cantidad ya asignada del 100 % de la base reguladora de acuerdo con la normativa de las bajas por enfermedad, pero sí aumentar la duración de la baja por maternidad/paternidad y su correspondiente prestación.

Si se mantiene esta opción el problema se centra en la financiación del incremento del tiempo de disfrute del derecho que se propone. En general, las prestaciones pueden ser financiadas desde la caja de las cotizaciones de la Seguridad Social, pero igualmente mediante tributación. Hasta ahora las asignaciones de maternidad y paternidad, de naturaleza contributiva, se han financiado vía cotizaciones. Pero ¿sería posible desplazar su carga económica a los impuestos? La respuesta solo debe ser positiva por razones de impulso de la natalidad, pero también como elemento fundamental de lucha contra la discriminación laboral por razón de sexo, lo que avala esta opción financiera. No se trata de proteger desde una óptica contributiva, sino desde la idea del bien común a toda la sociedad.

Dada la situación de la natalidad española y su repercusión futura en el propio sistema de la Seguridad Social, esta opción debe ser una prioridad en este momento frente a otro tipo de medidas públicas. De hecho, esta parece ser la tendencia legislativa. Así, ya se han incluido algunas modificaciones en este sentido con el reconocimiento legal del complemento por maternidad anexo al disfrute de las pensiones, donde se pone de manifiesto la necesidad de premiar la maternidad como elemento fundamental para mantener la viabilidad futura de nuestro sistema de Seguridad Social. Con independencia de las críticas que se pueden verter sobre la regulación de dicho complemento, por ejemplo, que solo se conceda a partir del segundo hijo y únicamente para las madres<sup>23</sup>, lo que es indiscutible es que parece más efectivo premiar la natalidad previamente que a posteriori con complementos a las pensiones. Dicho en otras palabras, siempre será más efectivo para promocionar la natalidad conceder beneficios en el momento que esta ocurre que a posteriori, cuando se accede a las pensiones.

Pero no solo por cuestiones natalistas, sino también porque ayudaría a cambiar la visión empresarial, si las empresas no encuentran más ventajoso contratar a un trabajador que a una trabajadora en edad fértil, lo cual obviamente revertiría en un efecto igualitario en el reparto del cuidado con posterioridad al tiempo de la propia baja, volviendo a incidir en el fomento de la corresponsabilidad.

En definitiva, volviendo al tema que aquí interesa, se defiende la asunción de los costes de las prestaciones de maternidad/paternidad a través de impuestos, dado que el beneficio del incremento de la natalidad se extiende a toda la sociedad y debe de independizarse de cuestiones relacionadas con la propia contributividad al sistema de Seguridad Social. Lo que obviamente lleva a que las prestaciones deban tener una naturaleza asistencial, sin requisitos de carencia. Aunque las condiciones actuales de acceso son muy reducidas, parece que el elemento de la protección no debe basarse en si el/la trabajador/a ha cotizado suficientemente al sistema, sino que debe ser bastante el encontrarse en alta o situación asimilada al alta para beneficiarse de dichas prestaciones.

Con independencia de lo defendido, es criticable un sistema como el actual donde para acceder a la maternidad se solicita un período mínimo de cotización basado en la edad del/la protegida/o, mientras que en el caso de paternidad se demanda siempre la misma carencia sin valorar ningún otro elemento. Así, en el caso de la prestación por maternidad se exige acreditar un período de cotización mínimo según la edad en la fecha del hecho causante solo en el caso de mayores de veintiún años: entre veintiún y veintiséis años se demandan noventa días de cotización en los últimos siete años o ciento ochenta días en toda la vida laboral y para mayores de veintiséis años ciento ochenta días en los últimos siete años o trescientos sesenta días en toda la vida laboral. Mientras que en el caso de la paternidad siempre es preciso acreditar esta última cotización, sin

<sup>23</sup> Sobre las luces y sombras del complemento por maternidad, Vid. BLÁZQUEZ AGUDO, E.M.: “La evolución de las pensiones de jubilación y viudedad desde la perspectiva de género”, en *Lan Harremanak*, núm. 38/2017-II.

diferencia por razón de edad. Esta situación no se puede calificar más que de discriminatoria para los hombres de menos de veintiséis años, que son los beneficiarios naturales de la prestación por paternidad, siendo precisa la igualación en el acceso a las prestaciones de maternidad y paternidad.

Fuera de estas cuestiones, hay que señalar que en la actualidad la suspensión del contrato de maternidad dura dieciséis semanas, de las cuales seis semanas son de obligado cumplimiento en el supuesto de parto por la madre. De este modo, las primeras diez semanas tienen como función el cuidado del menor, con lo que la diferencia de trato entre progenitores en este período no viene avalada por ninguna justificación de salud o diferencia entre el hombre y la mujer<sup>24</sup>. Así, de acuerdo con dichas funciones, lo que aquí se propone es la creación de un permiso de parentalidad intransferible de diez semanas para cada progenitor con independencia de su género y que se mantenga un permiso de maternidad en supuesto de que la causa sea el nacimiento de un hijo/a para las trabajadoras de seis semanas adicionales, cuyo objetivo sea la recuperación de su salud.

Tanto la prestación de parentalidad de diez semanas como la prestación por razón de salud en caso de parto durante seis semanas debería concederse con el único requisito del alta o situación asimilada al alta y con un abono de una cuantía del 100 % de la base reguladora correspondiente, financiada mediante tributación y no cotizaciones.

Por último, y al margen de lo analizado en este epígrafe, también con el objetivo de aceptación empresarial y social de la maternidad, se puede proponer la creación de una situación de baja especial provocada por las molestias del embarazo, al margen de las bajas por incapacidad temporal por enfermedad común en la línea de las prestaciones por riesgo por embarazo y el riesgo por lactancia, donde se perciba un 100 % de la base reguladora, evitando completar el importe por la empresa en el caso que así se recoja en convenio colectivo y volviendo a incidir en una visión distinta de la fecundidad.

## 2. MEDIDAS DE ATENCIÓN AL CUIDADO

En el ámbito de los cuidados de menores de tres años, existen especiales circunstancias que hay que tener en cuenta. En esta franja de edad no es obligatoria la escolaridad y la opción del cuidado profesional es limitada y no gratuita en España, dependiendo de las políticas autonómicas y municipales. De esta forma la externalización de los cuidados no se puede llevar a cabo por los/as trabajadores/as con salarios más bajos, realidad más usual en el caso de las trabajadoras, lo que finalmente se puede convertir en un obstáculo para el empleo femenino, si entienden más beneficioso económicamente encargarse de la atención de los menores que externalizar sus cuidados.

El fomento de la externalización de los cuidados de los menores de tres años puede realizarse desde dos vías: una primera, buscando la creación de centros en el entorno del dentro de trabajo, incluso en la propia empresa, cuando sea posible o a través de la concertación de escuelas infantiles, abaratando los costes de estos servicios mediante convenios de colaboración; y otra, mediante la entrega de ayudas económicas que colaboren en el abono de sus tasas (el denominado, *cheque guardería*). Incluso se puede generalizar el reconocimiento de las ayudas empresariales para el cuidado familiar como elemento extrasalarial a los efectos de excluirlos de la cotización y la tributación, fomentando su uso como retribución flexible.

Paralelamente pueden reconocerse otras ayudas económicas concedidas por las empresas, por ejemplo, beneficios que colaboran con los gastos de cuidado de los/as hijos/as con necesidades especiales o crear salas de lactantes que colaboren con la lactancia, especialmente la natural, a las trabajadoras con los/as hijos/as menores de nueve meses.

<sup>24</sup> LEVTOV, R./BARKER, G./CONTRERAS-UBRINA, M./ HEILAMN, B./VERMA, R.: "Pathways to gender-equitable men: Findings from the International Men and Gender Equality Survey in eight countries", in *Men and Masculinities*, núm. 17/2014, págs. 1 a 35.

No obstante, con independencia de las actuaciones empresariales, que se entienden fundamentales, este tipo de medidas deben ser promocionadas desde las políticas públicas, especialmente desde el ámbito municipal, a través de la creación de servicios de atención al/ a la menor de tres años o, por las nacionales, colaborando a través de ayudas económicas, que permitan a los progenitores elegir tipos de cuidado en o fuera de su hogar según sus preferencias, es decir, la implantación de prestaciones familiares adecuadas más allá de las exiguas cantidades reconocidas en la actualidad. Entre estas, se entiende una buena opción la promoción del cuidado por profesionales en su hogar a través del pago de ayudas económicas que colaboren con su abono, pero también mediante la acreditación oficial de los/as cuidadores/as<sup>25</sup>.

Pero, sin duda, la mejor opción es el reconocimiento del derecho universal a la educación de los niños, de modo que quien precise de una plaza educativa, con independencia de que se trate de enseñanza obligatoria o no (menores de seis años), puede acceder a una de forma gratuita<sup>26</sup>. De este modo, se aseguraría el cuidado profesional también de los menores de tres años.

Asimismo, no solo los menores de tres años generan necesidades de cuidado: los horarios y las vacaciones escolares provocan también problemas de corresponsabilidad a los/as hijos/as ya escolarizados. Así, son precisas fórmulas de servicios extraescolares: por ejemplo, la creación de programas en el ámbito de las empresas en vacaciones o de centros públicos que acojan a los menores de doce años más allá del horario escolar. Pero, con independencia de estas posibles medidas, de nuevo la flexibilidad en tiempo y lugar puede colaborar en estos momentos concretos. Es decir, la regulación de medidas que se adapten a los calendarios lectivos de los/as hijos/as, colaborará en la situación descrita y evitará largas horas de permanencia de los/as menores fuera del hogar.

Pero, si en las décadas de los treinta y cuarenta son los/as hijos/as los/as que provocan conflictos en la corresponsabilidad de los/as trabajadores/as, llegados los cincuenta se traslada la necesidad de cuidados a los ascendientes. Si la concienciación social y empresarial empieza a abrirse en el contexto de los descendientes, sin embargo, aún está pendiente en el de los cuidados de los/as mayores, lo cual se plantea como una necesidad cada vez más acuciantes en una sociedad que envejece progresivamente. De nuevo, hay que poner en evidencia que estos cuidados no deben ser asumidos por las mujeres en detrimento de su igualdad en el mercado laboral, sino que deben ser las políticas públicas las que deben asumir estas carencias. En resumen, la protección a la dependencia no solo es una necesidad del propio ciudadano que llega a cierta edad, sino también del familiar que asume el cuidado informal y reduce sus opciones en su desarrollo profesional.

Y es en este contexto es donde debe reivindicarse la profesionalización de los cuidados. En primer lugar, desde la necesidad de un cambio de mentalidad social donde no se siga viendo las responsabilidades familiares como un elemento que recae sobre las mujeres. Pero, también desde el punto de vista de que son las mujeres las que profesionalmente se dedican a estas actividades, no siempre bien remuneradas, ni en las que se aplican las medidas adecuadas de prevención adaptadas a su realidad. Y en este momento que se anuncia la vuelta al reconocimiento de cotizaciones a los cuidadores familiares, es preciso recordar que, aunque esta medida puede ser transitoriamente un instrumento de colaboración en el acceso de las mujeres a las pensiones contributivas, se entiende que perpetúa roles de cuidado y que lo adecuado sería colaborar en la externalización de este tipo de trabajos que deben ser asumidos, sin lugar a dudas, por profesionales.

#### **IV. MEDIDAS PROPUESTAS EN EL ENTORNO DE LA CORRESPONSABILIDAD**

**PRIMERA. CONCRETAR LEGISLATIVAMENTE LOS PERMISOS LABORALES.** Hay que concretar la regulación de los permisos laborales con el fin de adaptarlos a las necesidades de los/as trabajadores/as. Es preciso determinar formas de disfrute parcial que se adapten al reparto de

<sup>25</sup> Sobre la regulación de este tipo de cuidados se puede consultar el ejemplo de la normativa francesa en BLÁZQUEZ AGUDO, E.M.: "La protección de la familia en la Seguridad Social francesa" en *Justicia Laboral*, núm. 35/2008.

<sup>26</sup> ILO, *Women at work*, Tends 2016, pág. 86.

cuidado, establecer el momento de inicio concreto de los permisos según se inicien en días hábiles o inhábiles, así como acomodarlos a las nuevas realidades familiares, tales como la asunción de las cargas familiares por un solo progenitor.

**SEGUNDA. REGULAR LA ACUMULACIÓN DEL PERMISO DE LACTANCIA.** Es preciso proponer legalmente el disfrute de la acumulación del permiso de lactancia y su duración. En la actualidad, es la negociación colectiva la que señala la posibilidad de acumulación, de forma que su disfrute depende del sector donde se desarrolle la actividad. Si su función es colaborar en la extensión del tiempo de lactancia/cuidados es preciso que todos/as los/as trabajadores/as puedan disfrutar de igual modo de este derecho.

**TERCERA. SUSTITUIR PERMISOS ACTUALES POR BOLSAS DE HORAS REMUNERADAS.** Se entiende fundamental la regulación de una bolsa de horas remuneradas, que permita desplazar el tiempo de trabajo, sin necesidad de justificar causa para esta opción que se reconozca a todos/as los/as trabajadores/as. Dichas bolsas podrían sustituir al resto de los permisos que por el momento están regulados en el Estatuto de los Trabajadores. Los beneficios de esta medida son importantes para todos/as los/as trabajadores/as que podrán utilizar este instrumento para conciliar tanto su vida familiar como personal, sin necesidad de justificar dicho uso; pero también para la empresa, dada que su gestión quedará limitada a la contabilidad de las horas usadas y al recibimiento de la notificación de su uso.

**CUARTA. PROMOVER FLEXIBILIDAD LABORAL.** Es necesario promover medidas de flexibilidad de tiempo y lugar en las empresas españolas. La flexibilidad en la entrada y salida del trabajo permite el reparto de las cargas familiares entre los progenitores, evitando la asunción única por las madres. Además, evita la utilización de la reducción de la jornada por guarda legal de menores de doce años que lleva a la perpetuación de la brecha salarial. Por otro lado, no provoca pérdidas a las empresas, dado que se presta los servicios con una duración similar, desplazando el tiempo de trabajo, y mejora la satisfacción de los/as trabajadores/as, lo que a su vez incrementa la productividad y el buen clima laboral.

**QUINTA. CREAR UN PERMISO PARENTAL DE DIEZ SEMANAS Y OTRO POR RAZÓN DE PARTO DE SEIS SEMANAS.** Se propone crear un permiso parental de diez semanas para cada progenitor y uno de seis semanas de recuperación de la salud para la madre en caso de parto. Dichos permisos deben ser generalizados para todo/as empleados/as, sin limitaciones de acceso a las prestaciones correlativas por cuestiones de faltas de carencias de cotizaciones, y financiados por impuestos. Su única condición de acceso debería ser estar en alta o situación asimilada al alta.

**SEXTA. SUSTITUIR TODAS LAS BAJAS POR INCAPACIDAD TEMPORAL POR RAZÓN DE EMBARAZO A RIESGO POR EMBARAZO.** Deberían incluirse todas las bajas por incapacidad temporal por causa del embarazo en la regulación del riesgo durante el embarazo. De esta forma, dejará de verse el embarazo como una enfermedad común y se valorará dentro de la lógica de la protección de la natalidad que es precisa en estos momentos en España. Además, la trabajadora no sufrirá la reducción de su salario, puesto que en estos supuestos recibiría un 100 % de su base reguladora correspondiente.

**SÉPTIMA. PROMOVER MEDIDAS DE AYUDA A LA CONCILIACIÓN RECONOCIDAS SOLO A LOS TRABAJADORES.** Otra solución puede ser establecer ciertos beneficios con el fin de asumir las tareas de cuidado solo dirigidas a los trabajadores con el fin de promover su implicación en la conciliación. Mientras que a través de otros instrumentos se fomenta la igualdad de los trabajadores y trabajadoras en el mercado laboral, se entienden muy beneficiosos los instrumentos incluidos en la negociación colectiva que se reconocen solo a los hombres o a estos en mejores condiciones que a las mujeres con el fin de conseguir su implicación en las tareas familiares. Asimismo, estas actuaciones pueden ser promocionadas también por acciones públicas.

Estas medidas pueden colaborar de forma transitoria en la concienciación de los progenitores sobre la necesidad de implicarse en la atención de los/as hijos/as. Una vez conseguido este



objetivo las acciones siempre deben ser paritarias. Por el momento los instrumentos dirigidos a fomentar la conciliación perpetúan la implicación de las trabajadoras en la atención de los/as descendientes, provocando, en cierto modo, una discriminación indirecta, de esta forma la promoción de la implicación de los hombres mediante mejoras sustantivas en el disfrute de los instrumentos de conciliación puede ser una opción adecuada para fomentar su participación en la conciliación.

**OCTAVA. PROMOVER EL DERECHO UNIVERSAL A LA EDUCACIÓN.** Es preciso el reconocimiento del derecho universal a la educación de todos los menores de seis años, creando un sistema de acceso gratuito a centros educativos desde el nacimiento.

**NOVENA. CREAR INCENTIVOS FISCALES PARA LAS AYUDAS FAMILIARES QUE RECONOZCA LA EMPRESA.** Otra opción es la creación de incentivos fiscales para las ayudas familiares que las empresas concedan a sus trabajadores/as como parte de la retribución flexible. Así, por ejemplo, que en ningún caso tributen y cotizan las prestaciones concedidas por la empresa como ayuda al pago de las guarderías.

**DÉCIMA. CONCEDER PRESTACIONES FAMILIARES QUE COLABOREN CON EL CUIDADO FAMILIAR,** Parece fundamental la concesión de ayudas económicas o beneficios fiscales que colaboren en la elección libre de los progenitores de las distintas alternativas de cuidado para sus descendientes (prestaciones familiares). Las cuantías deben ser adecuadas a los importes que hay que abonar para contratar cuidados profesionales, dado que el pago de cantidades irrisorias como las actuales en nada pueden colaborar en el objetivo planteado.

**UNDÉCIMA. CREAR/MEJORAR UN SISTEMA ADECUADO DE DEPENDENCIA.** Con el fin de colaborar en el cuidado de los/as mayores, es preciso crear/mejora un sistema de dependencia que atienda las necesidades de su cuidado. Si existe un sistema de dependencia que facilite el acceso de los/as ciudadanos/as a la atención que necesitan, se liberará a las familias de esta carga y, por ende, a las trabajadoras que son quienes asumen el papel de cuidadoras de los mayores, promoviendo su inserción en el mercado laboral y evitando discriminaciones. En todo caso, parece fundamental que dicho sistema sea idéntico en todo el territorio nacional con el objeto de evitar desigualdades entre ciudadanos/as de distintas Comunidades Autónomas.

**DUODÉCIMA. POTENCIAR LA PROFESIONALIZACIÓN DE LOS CUIDADOS.** Se reivindican medidas que avancen en la profesionalización de los cuidados frente a la asunción informal de estos. Deben concederse medidas que colaboren con las familias en la asunción de los gastos generados por dicha atención y evitar acciones que colaboren en que sean estas las que asuman los cuidados. Este objetivo lleva aparejado la creación de un sistema laboral sostenible para los/as cuidadores/as formales, donde se ponga en valor su labor mediante una mejora de sus salarios, protección social y condiciones laborales, en especial en materia de prevención de riesgos.



# CAPÍTULO V. PROTECCIÓN A LA FAMILIA, SEGURIDAD SOCIAL Y EMPLEO AUTÓNOMO NO DEPENDIENTE: ¿FOMENTO O DESINCENTIVO EN EL CONTEXTO DE LA LEY 6/2017?

MARÍA JOSÉ CERVILLA GARZÓN

*Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de Cádiz*

## I. PLANTEAMIENTO INICIAL: LAS RELACIONES ENTRE LOS AUTÓNOMOS, LA PROTECCIÓN A LA FAMILIA Y LA LEY 6/2017

La política social específicamente destinada a la protección de la familia es indudable que debe tener como sujetos destinatarios a todo tipo de trabajadores, independientemente de la naturaleza de la actividad profesional que ejerzan, sin que ello quiera decir que el alcance de la misma pueda ser planteado en idénticos términos. De hecho, una de las virtudes que esta política debe tener es la de adaptarse a las singularidades de las distintas formas de prestar servicios profesionales, muy en particular en las que atañen al trabajo por cuenta propia. Y ello porque éste es el que cuenta con mayores diferencias en relación al modelo-tipo de trabajo que suele tomarse como referencia en el ordenamiento jurídico-laboral.

Tal afirmación tiene su razón de ser en el hecho de que la protección a la familia, como institución básica de la sociedad en la que vivimos, está bajo el mandato constitucional establecido en el art. 39.1 CE, que no efectúa ningún tipo de distinciones al ordenar que “*los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia*”<sup>1</sup>. Asimismo, dicho mandato informa “*la legislación positiva*” y “*la actuación de los poderes públicos*” “ex” art. 53.3. En este contexto, el objetivo de nuestro estudio es el de analizar la actuación del legislador en esta materia en una norma de singular importancia, cual es la Ley 6/2017, de 24 de octubre, de Reformas Urgentes del Trabajo Autónomo (en adelante, LRTA), tanto por su carácter reciente como por estar específicamente destinada al trabajo autónomo, bajo el paraguas de una supuesta “*reforma urgente*” del mismo.

En términos generales, podemos entender la política de protección a la familia como todas las acciones ejercidas por el poder público para favorecer a la familia, desde una perspectiva amplia, fortaleciendo su funcionamiento<sup>2</sup>. Dentro de esta política adquieren una importancia muy singular las medidas relacionadas con el trabajo y la protección social, principalmente en aras a eliminar las dificultades que la vida familiar pueda plantear de cara a la integración de los ciudadanos en el mercado de trabajo en función de factores diversos (número de hijos, necesidades de conciliación, existencia de familiares dependientes o con discapacidad...), entre los que entendemos también debe incluirse la posible existencia de violencia de género en el contexto familiar.

---

\* El presente trabajo está realizado en el marco del Proyecto de Investigación I+D+i DER2015-67342-R “Redireccionando el empleo hacia el autoempleo: precarización de condiciones de trabajo y emergencia de la figura del emprendedor” y de las actividades del Instituto Universitario de Investigación para el Desarrollo Social Sostenible de la Universidad de Cádiz, del cual es miembro la autora.

<sup>1</sup> Sobre el particular, por todos ALMENDROS GONZÁLEZ, M.A.: *La protección social de la familia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005.

<sup>2</sup> AGUILERA IZQUIERDO, R: “Protección social de la familia: aspectos laborales y de Seguridad Social”, *Foro Nueva Época*, núm.9, 2009, p. 65.

Estas dificultades alcanzan de forma particular a los trabajadores autónomos, que no son económicamente dependientes (los denominados TRADEs, que no son objeto de nuestro estudio) y de ello es reflejo el significativo número de medidas adoptadas en la LRTA que tienen su origen en circunstancias familiares concretas con una posible negativa repercusión en el desarrollo de estos trabajos, la cual el legislador intenta limitar. Y, dado el tenor de esta norma, que acomete reformas “urgentes”, parece que esta cuestión puede estar teniendo una influencia significativa, y sobre todo negativa, en el avance del trabajo por cuenta propia, probablemente de forma más significativa en el colectivo de las mujeres por ser el que en mayor medida ejerce las labores de cuidado familiar<sup>3</sup>.

Y es que, de forma innegable a la vista de los datos estadísticos y de los estudios doctrinales realizados en la materia<sup>4</sup>, las mujeres ejercen en bastante menor medida el trabajo por cuenta propia, con una leve tendencia a incrementarse el número de ellas en los últimos años. Así, en el primer trimestre del año 2018, hay un 35,5 % de mujeres trabajadoras por cuenta propia, y en los años 2017, 2016 y 2015, un 34.9 %, 34.7 % y 34.5 % respectivamente. En ello pueden influir factores diversos<sup>5</sup> pero, sin duda, la política de protección a la familia puede tener su incidencia en la materia, y eso a pesar de que la flexibilidad que puede caracterizar a esta forma de trabajo debería poder incidir en una mejora en sus posibilidades de atención a la familia. Puede tener esta circunstancia bastante relación con los sectores de actividad en los cuales predomina la actividad de las mujeres autónomas, cuales son el comercio y la hostelería (42.9 %), y los trabajos técnicos, científicos e intelectuales (20.2 %)<sup>6</sup>, así como el hecho de ser, en gran parte, trabajadoras no empleadoras<sup>7</sup>.

De estos datos parece poder concluirse que mayoritariamente las trabajadoras por cuenta propia no cuentan con ayuda de otros trabajadores que puedan facilitar su flexibilidad laboral, y que se enfrentan a actividades profesionales caracterizadas por una alta exigencia en cuanto a su dedicación horaria<sup>8</sup>. En definitiva, de esta realidad se deduce que la política de fomento del autoempleo femenino no está teniendo la repercusión que debería, y que los datos apuntan a la existencia de dificultades de las mujeres autónomas en cuanto a su conciliación con la dedicación a la vida familiar.

Otra cuestión que puede estar animando esta reforma es la ausencia de una política normativa de amplio calado y de carácter integral en el ámbito del empleo autónomo, en lo que protección de la familia se refiere y, en particular, en lo relativo a sus necesidades de conciliación de la vida familiar y laboral<sup>9</sup>. De hecho, las referencias normativas han sido, hasta ahora, escasas<sup>10</sup>, y se vienen produciendo de forma aluvional con el consiguiente “despiste” del posible beneficiario.

Muy resumidamente, en relación a esta evolución normativa lo más llamativo ha sido, en primer lugar, que en el año 1999 la Ley de Conciliación de la Vida Familiar y Laboral integró,

<sup>3</sup> Por todos, MORGADO PANADERO, P: “Hacia un derecho de ciudadanía sin límites para el trabajador autónomo: el reconocimiento de su vida personal, familiar y profesional”, en VV.AA: *Trabajo autónomo e igualdad: reflexiones desde el Derecho del Trabajo*, MORGADO PANADERO, P. (coord.), Madrid, Aranzadi, 2010, p. 93.

<sup>4</sup> Nos basamos en el estudio de CUETO, B: “El empleo autónomo de las mujeres en España”, *Panorama Social*, núm. 27, 2018 y datos estadísticos publicados por la Dirección General del Trabajo Autónomo, de la Economía Social y de la Responsabilidad Social de las Empresas, de la Secretaría de Estado de Empleo, datos del primer trimestre de 2018.

<sup>5</sup> Como apunta CUETO B., ibídem, entre otros la aversión al riesgo, la discriminación en el acceso a la financiación, la menor confianza en sus habilidades emprendedoras, p. 90.

<sup>6</sup> Ibídem, p. 99.

<sup>7</sup> Ibídem, p. 95, las empleadoras no alcanzan el 30 %.

<sup>8</sup> Ibídem, p. 101, afirma que las autónomas trabajan una media de 47.4 horas por semana, cifras que dificultan la conciliación.

<sup>9</sup> Sobre el particular, por todos BARRIOS BAUDOR, G.L.: “La conciliación de la vida personal, familiar y profesional de los trabajadores autónomos: estado de la cuestión y propuestas de reforma”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF*, núm. 345, 2011 y MORENO DE VEGA Y LOMO, F: “El trabajador autónomo: la conciliación entre la actividad profesional y su vida familiar”, *Revista de Derecho Social*, núm. 43, 2008.

<sup>10</sup> También en el ámbito de la Unión Europea, como apuntan PÉREZ AGULLA, S. y GIL PLANA, J.: “Los trabajadores autónomos y la conciliación de la vida familiar, personal y profesional”, en VV.AA: *Conciliación de la vida laboral y familiar y crisis económica. Estudios desde el derecho internacional y comparado*, MELLA MÉNDEZ, L. (Dir.), Madrid, Delta, 2015, p. 83.

implícitamente, a los autónomos en su campo de aplicación, pero sin articular una política específica para ellos. En segundo lugar, que en la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la Igualdad Efectiva entre Mujeres y Hombres, los autónomos quedan integrados en su ámbito de aplicación<sup>11</sup>, pero con escasas referencias a las políticas explícitamente dirigidas hacia el autoempleo<sup>12</sup>. Y, por último, y como referencia más significativa, que en el Estatuto del Trabajo Autónomo (en adelante, LETA) como derecho autónomo aparece el derecho “a la conciliación de su actividad profesional con la vida personal y familiar”, y “la protección en las situaciones de maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia y adopción o acogimiento, tanto preadoptivo como permanente o simple”<sup>13</sup>, lo que implica que, dentro de las políticas de protección a la familia, deberán articularse medidas para hacerla efectiva. Y encontramos otra previsión más relacionada con el derecho a la conciliación: la “política de fomento del empleo autónomo tenderá al logro de la efectividad de la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres”<sup>14</sup>.

Sin embargo, en la LETA no hay una previsión específica que abarque a la protección de la familia, en general. Es en su capítulo II, ambigüamente destinado a “Incentivos y medidas de fomento y promoción del trabajo autónomo”, en el que encontramos diversas medidas que, en este marco de fomento del autoempleo, afectan a la protección familiar, pero entremezcladas con otras que no están relacionadas con este ámbito. Y ello porque la Disposición Adicional segunda LETA, basándose en los principios de racionalización y seguridad jurídica, obliga a que todas las reducciones y bonificaciones de cuotas de los autónomos se regulen en esta Ley, independientemente de su naturaleza<sup>15</sup>. Y en su capítulo IV, regulador de su protección social, es en el que se reconoce su derecho a todas las prestaciones de Seguridad Social relacionadas con nacimiento de hijo<sup>16</sup>.

Probablemente en ello tiene una decisiva repercusión el hecho de que tradicionales medidas adoptadas en el ámbito del trabajo asalariado tengan difícil encaje en el trabajo por cuenta propia (caso de las excedencias, suspensiones de contrato, el trabajo y las prestaciones a tiempo parcial, o las reducciones de jornada, entre otras), y que ello obligue a la búsqueda de soluciones distintas y de diversas bonificaciones en las cotizaciones sociales que influyan en el mantenimiento del empleo cuando la vida familiar limita sus posibilidades. Y esta es, sin duda, una labor de indudable necesidad en este ámbito, que debe seguir avanzando.

Desde luego la LETA no viene a solucionar el problema de una ausencia de tratamiento integral y específico, pues sus diversas medidas siguen incluyéndose, de forma dispersa, en la LETA, en la Ley General de Seguridad Social (en adelante, LGSS) y en las propias Disposiciones de esta norma. Pero sí que viene a solventar diversas carencias y diferencias de trato injustificadas, eliminando así algunas trabas que la vida familiar impone a los autónomos. En este sentido, no podemos por menos que aplaudir al legislador por animarse a seguir avanzando en este sentido, aun cuando todavía quedan muchas barreras todavía por eliminar.

<sup>11</sup> Su art. 2.1 establece que su ámbito de aplicación se extiende a “todas las personas”. En este sentido, VV.AA: *Comentarios a la Ley de Igualdad*, GARCÍA NINET, I. (Dir.), Valencia, CISS, 2007, p. 5.

<sup>12</sup> Salvo la mención que establece en su art. 5 a la extensión de las políticas de igualdad al acceso al empleo por cuenta propia, no existen más referencias directas a esta forma de trabajo. Sobre el particular, CERVILLA GARZÓN, M.J: “Análisis crítico de las políticas de igualdad hacia el ámbito del autoempleo”, *Revista de Derecho Social*, núm.59, 2012.

<sup>13</sup> Art. 4.3 g) y h).

<sup>14</sup> Art. 27.3.

<sup>15</sup> Que aplaude la doctrina, por unificar en un solo precepto esta materia, que siempre adolece de una gran dispersión dentro del ordenamiento jurídico, DEL VAL TENA, A.L: “El fomento del trabajo autónomo mediante el sistema de reducciones, bonificaciones y exenciones en las cotizaciones a la Seguridad Social”, en VV.AA: *El trabajo autónomo en el marco del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, MONEREO PÉREZ, J.L. y VILA TIerno, F. (Dir), Granada, Comares, 2017, p.156.

<sup>16</sup> Art. 26: “La acción protectora del Régimen Especial de Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, en los términos y conforme a las condiciones legalmente previstas, comprenderá, en todo caso:... b) Las prestaciones económicas en las situaciones de incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo, maternidad, paternidad, riesgo durante la lactancia, incapacidad permanente, jubilación, muerte y supervivencia y familiares por hijo a cargo.”

Las medidas previstas en la LRTA afectan a cuestiones diversas, relacionadas con la vida familiar del autónomo, agrupables en las siguientes materias que nos servirán de hilo conductor en las páginas siguientes:

- La protección contra la violencia de género, que da lugar a reducciones y bonificaciones de cuotas recogidas en el art. 32 LETA.
- La protección por cuidado de menores, familiares a cargo, y nacimiento de hijo (maternidad, paternidad, adopción, guarda con fines de adopción, acogimiento, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia materna), que da lugar a bonificaciones de cuotas recogidas en los arts. 30, 38 y 38 bis LETA y art. 318 LGSS.
- La regulación del trabajo a tiempo parcial como posible medida de conciliación, mencionada en las Disposiciones Adicionales quinta y sexta.
- El fomento del trabajo familiar, que da lugar a bonificaciones de cuotas reguladas en la Disposición Adicional séptima y en el art. 35 LETA.
- El encuadramiento en el Sistema de Seguridad Social de los hijos con discapacidad, regulado en la Disposición Adicional décima LETA.

Teniendo como finalidad la LRTA *“continuar incidiendo en la mejora de las condiciones en que desarrollan su actividad los trabajadores autónomos, garantizando sus expectativas de futuro”*<sup>17</sup>, es nuestro objetivo determinar si sus medidas de protección a la familia, que afectan al derecho a prestaciones de Seguridad Social, pueden incidir en el fomento del autoempleo y, definitivamente, mejorar estas expectativas respecto de la situación actual.

## II. MEDIDAS RELACIONADAS CON LA VIOLENCIA DE GÉNERO

La aprobación de la L.O.1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (en adelante LMPVG), debía abrir un camino de cobertura para las trabajadoras por cuenta propia, pues en ella se abordan una serie de medidas tendentes a evitar los perjuicios que la violencia padecida pueda suponer al desarrollo de la actividad profesional de la víctima (como el cese obligatorio para alejarse del acosador, posibles ausencias puntuales o necesidad de traslados para alejarse de la presencia del que comete estos actos)<sup>18</sup>. Pudiendo las trabajadoras autónomas padecer esta situación en la misma medida que cualquier otra, una Ley que podríamos denominar como “transversal” por la irradiación de sus efectos a distintos sectores afectados o implicados en la protección de la violencia no debía obviar su protección jurídica. En cualquier caso, por la propia naturaleza singular del empleo autónomo las medidas a implantar debían estar adaptadas a sus singularidades.

En términos generales, podemos afirmar que el contenido de esta norma tuvo mucho menos impacto para las trabajadoras por cuenta propia que para las asalariadas<sup>19</sup>, y un singular enfoque hacia la protección para la situación derivada del cese obligado de su actividad, obviándose el establecimiento de medidas para poder mantenerla aun cambiando de localidad. Así, como medidas principales se suspende, en tal caso, su obligación de cotizar *“durante un periodo de seis meses, que les serán considerados como de cotización efectiva a efectos de las prestaciones de Seguridad Social. Asimismo, su situación será considerada como asimilada al alta”*<sup>20</sup>, y se prevé el cobro de una ayuda económica de pago

<sup>17</sup> Exposición de Motivos, “in fine”.

<sup>18</sup> Sobre la relación de la violencia de género con los aspectos laborales, vid. por todos CERVILLA GARZÓN, M.J y JOVER RAMÍREZ, C.: “Aspectos laborales de la Ley de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género”, en VV.AA: *Mujer, violencia y derecho*, CERVILLA GARZÓN, M.D. y FUENTES RODRIGUEZ, F. (coords.), Cádiz, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, 2006, p. 139 y FERNANDEZ LOPEZ, MF: *La dimensión laboral de la violencia de género*, Albacete, Bomarzo, 2005, p. 9 y ss.

<sup>19</sup> POLO SANCHEZ, M.C. califica la presencia en la Ley de las autónomas como “insignificante”, “La trabajadora autónoma víctima de la violencia de género: el marco de protección socioeconómico en el ejercicio de actividades por cuenta propia”, en VV.AA: *Trabajo autónomo e igualdad: reflexiones desde el derecho del trabajo*, ob.cit., p. 122.

<sup>20</sup> Art. 21.5

único<sup>21</sup>. Esta política no ayudó a la necesaria estabilidad económica que las mujeres autónomas víctimas de la violencia de género necesitan.

Muy significativa ha sido la ausencia de ayudas para la contratación de trabajadores que puedan sustituir a la trabajadora por cuenta propia. Si en el caso del empleo asalariado está prevista una bonificación del 100 % de las cuotas empresarial de seguridad social si se contrata a un interino para sustituir a la trabajadoras víctimas de violencia de género que hayan suspendido el contrato o ejercido su derecho a movilidad geográfica<sup>22</sup>, de forma totalmente injustificada no se prevé la aplicación de medida similar cuando la trabajadora sustituida es autónoma. Y esta ausencia no queda solventada con la promulgación de la LRTA, que mantiene la misma política de centrarse en medidas relacionadas con el cese en la actividad de las autónomas, eso sí, mejorando las hasta ahora establecidas.

La reforma introducida en la LRTA tiene que ver con la previsión que incluyó la LMIVG para ayudar al reinicio de las actividades autónomas, en cuanto se estableció que en el programa de acción específico establecido en el plan de empleo se “*incluirán medidas para favorecer el inicio de una nueva actividad por cuenta propia*”<sup>23</sup>. Se dio cumplimiento a la misma en la Ley 31/2015, de 9 de septiembre, por la que se modifica y actualiza la normativa en materia de autoempleo y se adoptan medidas de fomento y promoción del trabajo autónomo y de la economía social, que añade un nuevo art. 32 a la LETA en el que se regulan reducciones y bonificaciones de cuotas a la Seguridad Social para las personas con discapacidad, víctimas de violencia de género y víctimas de terrorismo que se establezcan como trabajadores por cuenta propia. Este precepto es el que la LRTA ha reformado, con la innegable intención de favorecer el acceso a dichas reducciones y bonificaciones en los términos que procedemos a explicar.

En primer lugar, el art. 32 prevé la reducción de la cuota por contingencias comunes, incluida la incapacidad temporal, para las víctimas que causen alta inicial o que no hubieran estado en situación de alta en los cinco años inmediatamente anteriores en el RETA, al importe de 50€ mensuales durante los doce meses inmediatamente siguientes a la fecha de efectos del alta, si cotizan por la base mínima. Si optan por una base superior, se aplica una reducción del 80 % sobre la base mínima de cotización que corresponda al tipo mínimo vigente, incluida la incapacidad temporal. La reforma introducida por la LRTA<sup>24</sup> reduce el plazo de cinco años en caso de reinicio de actividad, que era singularmente elevado, a dos años, y a tres si el autónomo ha disfrutado de este beneficio en su anterior periodo de alta.

En segundo lugar, esta norma extiende este beneficio a los autónomos del REM, que en un olvido incomprensible por parte del legislador estaban anteriormente excluidos. Dado que, tras la reforma efectuada en dicho Régimen por la Ley 47/2015, de 21 de octubre, se ha incrementado considerablemente el número de posibles trabajadoras autónomas<sup>25</sup>, era de todo punto necesario reparar esta laguna legal. Sin embargo, la LRTA limita el alcance de esta extensión a los autónomos integrados en el grupo primero de cotización del Régimen, no sólo en relación a este precepto sino en todos los demás en los que se hace mención a los autónomos de este Régimen<sup>26</sup>. Así, quedan excluidos de todo el alcance de la reforma los autónomos del mar, retribuidos a la parte, que ejerzan su actividad pesquera a bordo de embarcaciones de menos de 150 toneladas de registro

<sup>21</sup> Art. 27: “*Cuando las víctimas de violencia de género careciesen de rentas superiores, en cómputo mensual, al 75 % del salario mínimo interprofesional, excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias, recibirán una ayuda de pago único, siempre que se presuma que debido a su edad, falta de preparación general o especializada y circunstancias sociales, la víctima tendrá especiales dificultades para obtener un empleo y por dicha circunstancia no participará en los programas de empleo establecidos para su inserción profesional*”.

<sup>22</sup> Art. 21.3 LMIVG.

<sup>23</sup> Art. 22.

<sup>24</sup> Art. 4.

<sup>25</sup> Sobre el particular, CERVILLA GARZÓN, M.J: “La nueva delimitación del concepto de trabajador autónomo del sector marítimo-pesquero en la ley 47/2015, de 21 de octubre”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm.44, 2016.

<sup>26</sup> También lo ponen de manifiesto, GOERLICH PESET, J.M. y GARCÍA ORTEGA, J: “La reforma del Régimen de Autónomos en la Ley 6/2017”, *Revista de Información Laboral*, núm. 12, 2017, p.3.

bruto y mariscadores, percebeiros, recogedores de algas y análogos, buceadores extractores de recursos marinos, rederos y rederas<sup>27</sup>. La pregunta inevitable es cual puede ser el sentido de semejante diferencia de trato, inexplicable bajo nuestro punto de vista. Máxime cuando bonificaciones como la prevista en el art. 35 LETA para los familiares colaboradores sí se aplica a todos los autónomos del REM, sin excepción.

Por todo lo demás, el precepto queda igual, con la salvedad de que, en consonancia con las otras reformas introducidas en materia de cotización, ahora se prevé que, si la fecha de efectos del alta no coincide con el día primero del respectivo mes natural, el beneficio se aplicará de forma proporcional al número de días de alta en el mismo.

Otra cuestión que también es necesario abordar por parte del legislador, y que tampoco se trata en el LRTA, es la determinación de la naturaleza, común o profesional, que puedan tener las prestaciones derivadas de las lesiones, físicas o psicológicas, que produzca una situación de la maltrato por parte del cónyuge, cuando éste sea el titular de la empresa en la cual presta servicio la víctima. Es decir, nos referimos a las situaciones en las cuales la víctima de la violencia es un familiar colaborador en el negocio del agresor “ex” art. 12 LGSS, el cual, en virtud de tal precepto, se presume trabajador por cuenta propia salvo prueba en contrario del carácter laboral de la relación de trabajo<sup>28</sup>.

En tales casos, hay que tener en cuenta que parece que será más habitual que las lesiones físicas se produzcan fuera del entorno profesional, es decir, cuando los miembros de la pareja ya están fuera de las instalaciones del lugar de trabajo. A pesar de ello, la causa de esta violencia pueda tener una conexión con cuestiones directamente relacionadas con el desarrollo de su actividad profesional. Además, son muy habituales las lesiones de carácter psicológico, y éstas no acontecen en un momento o lugar concreto, sino que son fruto de una situación de hostigamiento continuo que, en nuestro caso, la ejerce el que es cónyuge y “jefe” de la víctima.

Por lo tanto, debe el legislador determinar si, aun produciéndose las lesiones fuera del tiempo y de lugar de trabajo y, por lo tanto, fuera del alcance de la presunción del art. 156.3 LGSS, pueden dar lugar a prestaciones derivadas de contingencias profesionales. Atendiendo a la jurisprudencia del Tribunal Supremo que tiende a considerar que el trabajo en el negocio del cónyuge es un trabajo también doméstico, con implicaciones directas en el régimen económico matrimonial<sup>29</sup>, entendemos lógico hacerla extensiva al ámbito laboral de forma que, si lo que sucede en el contexto profesional repercute en las obligaciones civiles, lo que sucede en el ámbito doméstico también incide en las obligaciones y derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico-laboral.

En definitiva, loable es el sentido de la reforma, pero pueden esperarse todavía más medidas específicas para las trabajadoras por cuenta propia que han padecido situaciones de violencia de género doméstica, sobre todo en lo relativo al mantenimiento de sus negocios, en un contexto de fomento del autoempleo.

<sup>27</sup> Ley 47/2015, de 21 de octubre, reguladora de la protección social de las personas trabajadoras del sector marítimo-pesquero, art. 10.

<sup>28</sup> Sobre el particular, por todos ALVAREZ CORTÉS, J.C.: “La presunción de la condición de trabajador autónomo de los familiares del empresario en la protección por desempleo”, *Temas Laborales*, núm. 63, 2002.

<sup>29</sup> Sentencia de 26 de abril de 2017, en la cual se plantea, en el marco de un procedimiento de divorcio, si tiene derecho a compensación económica del art. 1.438 CC la esposa que, durante el matrimonio, ha contribuido con su trabajo a la generación de patrimonio de su esposo, pues trabajaba en su negocio con una escasa retribución y a tiempo parcial, dada de alta como autónoma y compatibilizando esta tarea con sus labores domésticas. El Tribunal determina que la colaboración en actividades profesionales o negocios familiares, en condiciones laborales precarias, se puede considerar como trabajo para la casa que da derecho a la compensación del art. 1.438 CC, puesto que considera que dicho trabajo atiende al sostenimiento de las cargas del matrimonio de forma similar al trabajo en el hogar. Sobre el particular, CERVILLA GARZÓN, M.J.: “Efectos no regulados de la violencia de género en el derecho a prestaciones por incapacidad: un análisis de jurisprudencia”, en AA.VV: *Las incapacidades laborales y la Seguridad Social en una sociedad en transformación*, Murcia, Laborum, 2017, pp. 931 y ss.



### III. MEDIDAS RELACIONADAS CON EL NACIMIENTO DE HIJOS

En la LRTA se suceden distintas medidas relativas a situaciones relacionadas con el nacimiento de hijos, mayoritariamente previstas en el Título III en el que se incluyen medidas para favorecer la conciliación de la vida familiar y laboral. Directamente incardinadas dentro de las políticas de protección a la familia, la intencionalidad del legislador ha sido, sin duda, la de reforzar la política ya existente con distintas mejoras que procedemos a analizar. Incluso aparecen nuevas medidas respecto a las anteriormente existentes, como es la integración en la LETA del nuevo art. 38 bis.

#### 1. BONIFICACIONES POR CUIDADO DE HIJO

Dentro del Título III de la LRTA, en el que se incluyen medidas para favorecer la conciliación de la vida laboral y familiar de los autónomos, se reforma el art. 30 LETA<sup>30</sup> para incluir dos novedades importantes: la ampliación de la bonificación por cuidado de menores a cargo que ahora alcanza hasta los doce años (anteriormente era hasta los siete); la extensión a los autónomos del REM incluidos en el grupo primero de cotización<sup>31</sup>. Sobre la segunda de ellas, ya hemos comentado que no debería tener este alcance limitado. Sobre la primera, indudablemente es un acierto de legislador el homogeneizar esta regulación respecto a lo previsto para los trabajadores asalariados en el art. 37.6 ET, en lo relativo a sus posibilidades de reducción de jornada por cuidado de menores de doce años.

Pero esta reforma del precepto entendemos que debería haberse aprovechado para reconsiderar dos limitaciones establecidas para que el autónomo pueda acceder a ella: la necesidad de carecer de trabajadores asalariados en la fecha de inicio de la bonificación y durante los doce meses anteriores a la misma y la necesaria contrataciones de trabajadores a tiempo parcial con jornada mínima del 50 %<sup>32</sup>. Sobre todo porque no se especifica que fuesen asalariados a tiempo completo, impidiéndose el acceso incluso si eran a tiempo parcial.

En definitiva, necesaria reforma ante la ausencia de justificación en esta diferencia de trato<sup>33</sup>, pero mejorable en lo que se refiere al alcance de los autónomos del mar y en el mantenimiento de su limitación a los autónomos no empleadores.

#### 2. BONIFICACIONES DURANTE LOS DESCANSOS DE MATERNIDAD, PATERNIDAD, ADOPCIÓN, GUARDA CON FINES DE ADOPCIÓN, ACOGIMIENTO, RIESGO DURANTE EL EMBARAZO Y RIESGO DURANTE LA LACTANCIA NATURAL

Dentro del Título III de la LRTA, en el que se incluyen medidas para favorecer la conciliación de la vida laboral y familiar de los autónomos, se introduce una importante reforma del art.38

<sup>30</sup> En este precepto se prevé que lo siguiente: “Los trabajadores incluidos en el Régimen Especial de la Seguridad Social de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos tendrán derecho, por un plazo de hasta doce meses, a una bonificación del 100 por cien de la cuota de autónomos por contingencias comunes, que resulte de aplicar a la base media que tuviera el trabajador en los doce meses anteriores a la fecha en la que se acoja a esta medida, el tipo mínimo de cotización vigente en cada momento establecido en el citado Régimen Especial en los siguientes supuestos: a) Por cuidado de menores de doce años que tengan a su cargo. b) Por tener a su cargo un familiar, por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado inclusive, en situación de dependencia, debidamente acreditada. c) Por tener a su cargo un familiar, por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado inclusive, con parálisis cerebral, enfermedad mental o discapacidad intelectual con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 33 por ciento o una discapacidad física o sensorial con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 65 por ciento, cuando dicha discapacidad esté debidamente acreditada, siempre que dicho familiar no desempeñe una actividad retribuida. En el caso de que el trabajador lleve menos de 12 meses de alta en el Régimen Especial de la Seguridad Social de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, la base media de cotización se calculará desde la fecha de alta”.

<sup>31</sup> Se añade un nuevo epígrafe 8.

<sup>32</sup> Epígrafes 2 y 4.

<sup>33</sup> NICOLÁS BERNAD, J.A: “Controversias jurídicas en materia de Seguridad Social en la aplicación de la Ley 6/2017, de Reformas Urgentes del Trabajo Autónomo, y propuestas de mejora”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, núm. 422, 2018, p. 40.

LRETA<sup>34</sup>, por cuanto ahora no está vinculada la aplicación de la bonificación a la celebración de un contrato de interinidad para sustituir a la autónoma. De hecho, ya no se dice que se bonifica al autónomo “sustituido”, sino al autónomo del RETA o del REM (nuevamente, del grupo primero de cotización) durante sus periodos de descanso por estas circunstancias. Se produce, así, una considerable ampliación del posible acceso a esta bonificación, eliminándose el coste salarial de conllevaba para los autónomos.

Como única limitación, se establece ahora que el descanso tenga una duración mínima de un mes. Tal limitación parece justificada, probablemente para ajustarla al periodo mensual de cotización. Y la duración del descanso probablemente quedará controlada en función de las solicitudes de las correspondientes prestaciones de Seguridad Social. Cuestión distinta es que ahora, a falta de contrataciones que acrediten que las autónomas no están realizando actividades profesionales durante el periodo de descanso, esta cuestión quede, en mayor medida, en manos de la Inspección de Trabajo.

### 3. BONIFICACIONES A LAS TRABAJADORAS AUTÓNOMAS QUE SE REINCORPORAN TRAS MATERNIDAD, ADOPCIÓN, ACOGIMIENTO, TUTELA O GUARDA CON FINES DE ADOPCIÓN

En el mismo Título III al que venimos aludiendo, se añade un nuevo art. 38 bis en la LETA en los términos siguientes: *“Las trabajadoras incluidas en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos o como trabajadoras por cuenta propia en el grupo primero de cotización del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar, que, habiendo cesado su actividad por maternidad, adopción, guarda con fines de adopción, acogimiento y tutela, en los términos legalmente establecidos, vuelvan a realizar una actividad por cuenta propia en los dos años siguientes a la fecha del cese, tendrán derecho a una bonificación en virtud de la cual su cuota por contingencias comunes, incluida la incapacidad temporal, quedará fijada en la cuantía de 50 euros mensuales durante los 12 meses inmediatamente siguientes a la fecha de su reincorporación al trabajo, siempre que opten por cotizar por la base mínima establecida con carácter general en el régimen especial que corresponda por razón de la actividad por cuenta propia. Aquellas trabajadoras por cuenta propia o autónomas que, cumpliendo con los requisitos anteriores, optasen por una base de cotización superior a la mínima indicada en el párrafo anterior, podrán aplicarse durante el período antes indicado una bonificación del 80 por ciento sobre la cuota por contingencias comunes, siendo la cuota a bonificar la resultante de aplicar a la base mínima de cotización establecida con carácter general en el correspondiente régimen especial el tipo mínimo de cotización vigente en cada momento, incluida la incapacidad temporal.”*

Como ha señalado la doctrina<sup>35</sup>, esta medida es muy loable en el contexto de la conciliación de la vida familiar y laboral al alargar los beneficios a las autónomas una vez que los periodos de descanso ya se han disfrutado, pues tal descanso, en muchos casos, obligará a cesar en la actividad.

Dado que las bonificaciones del art. 30 LETA ya no están unidas a la obligatoria contratación, parece que esta novedad está relacionada con dicha reforma por cuanto, en caso de que la contratación no se produzca, existe mayor probabilidad de que tenga que llevarse a cabo el cese total en la actividad autónoma. Por lo tanto, esta medida puede tener mayor efecto en las

<sup>34</sup> *“A la cotización de los trabajadores por cuenta propia o autónomos incluidos en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos o como trabajadores por cuenta propia en el grupo primero de cotización del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar, durante los periodos de descanso por maternidad, paternidad, adopción, guarda con fines de adopción, acogimiento, riesgo durante el embarazo o riesgo durante la lactancia natural, siempre que este periodo tenga una duración de al menos un mes, le será de aplicación una bonificación del 100 por cien de la cuota de autónomos, que resulte de aplicar a la base media que tuviera el trabajador en los doce meses anteriores a la fecha en la que se acoja a esta medida, el tipo de cotización establecido como obligatorio para trabajadores incluidos en el régimen especial de Seguridad Social que corresponda por razón de su actividad por cuenta propia. En el caso de que el trabajador lleve menos de 12 meses de alta en el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos o como trabajador por cuenta propia incluido en el grupo primero de cotización del Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar, la base media de cotización se calculará desde la fecha de alta”.*

<sup>35</sup> FERRANDO GARCÍA, F.M: “Igualdad y conciliación de la vida familiar y la actividad profesional de los trabajadores y trabajadoras autónomas: avances normativos y cuestiones pendientes”, *iQual Revista de Género e Igualdad*, núm. 1, 2018, p. 57.

autónomas que no sean empleadoras, que ya indicamos son las mayoritarias, si entendemos que en estos casos puede no haber trabajadores que se ocupen de la actividad. Y es que éste colectivo es, precisamente, el que está más necesitado de medidas que le permitan compatibilizar su vida laboral y personal.

Ahora bien, llama la atención que la bonificación solo es aplicable a las mujeres, cuando también es posible que los autónomos se acojan, en igual medida, a estos descansos. Se produce, además, un significativo problema de descoordinación con el art. 38 LETA que, sin duda, el legislador tendrá que solventar en un futuro<sup>36</sup>.

#### 4. MODIFICACIÓN DE LA BASE REGULADORA DE LAS PRESTACIONES POR MATERNIDAD Y PATERNIDAD

La Disposición Final cuarta LRTA modifica el art. 318 a) LGSS para reformar las reglas determinantes del cálculo de la base reguladora de estas prestaciones para los autónomos del RETA y del REM (de nuevo, únicamente para los encuadrados en el grupo primero de cotización). El sentido de la reforma es el de establecer que dicha base no va a ser coincidente con la de la incapacidad temporal<sup>37</sup>, sino que se calculará con la suma de las bases de cotización acreditadas durante los seis meses inmediatamente anteriores al del hecho causante, divididas entre 180 para hallar la base diaria. En caso de no haber permanecido en alta en el Régimen durante la totalidad de este periodo de seis meses, la base reguladora será el resultado de dividir las bases de cotización acreditadas durante los seis meses inmediatamente anteriores entre los días en que el trabajador haya estado de alta durante este periodo de tiempo.

Esta modificación no parece que tenga por objeto una mejora en la cuantía de estas prestaciones o en las posibilidades de conciliación de las trabajadoras por cuenta propia. Más bien nos parece que el legislador ha querido adaptar a esta fórmula las nuevas posibilidades de cambios anuales en las bases de cotización que la LRTA introduce como novedad<sup>38</sup>. Así, la base reguladora de estas prestaciones tendrá mejor correspondencia con las bases de cotización por las que realmente ha cotizado el autónomo, circunstancia que antes de la reforma no podía producirse.

#### IV. EL INTERMINABLE APLAZAMIENTO DE LA REGULACIÓN DEL TRABAJO A TIEMPO PARCIAL

Sin duda, las políticas de protección a la familia en general, y de fomento de la conciliación de la vida familiar y laboral, en particular, tienen mucho que ver en la regulación del trabajo a tiempo parcial. Y en lo que se refiere a su posible adaptación al trabajo por cuenta propia, el legislador parece estar, desde hace varios años, en una situación de “querer y no poder”, que mantiene la LRTA. Y ello con seguridad como consecuencia del hecho de que la regulación de la jornada de trabajo no es una materia afín al empleo autónomo no dependiente económicamente, incluso podríamos decir que es algo extraño a la esencia de una forma de empleo caracterizada por su total desvinculación de las previsiones del Estatuto de los Trabajadores. Lo que sucede es que esta dificultad está impidiendo a los autónomos el acceso a dos tipos de beneficios: la reducción parcial

<sup>36</sup> Incluso afirma BERNAD, J.A: “Controversias jurídicas en materia de Seguridad Social en la aplicación de la Ley 6/2017, de Reformas Urgentes del Trabajo Autónomo, y propuestas de mejora”, ob.cit., p. 39, que esto dará lugar a problemas de constitucionalidad.

<sup>37</sup> Art. 179.1 LGSS: “La prestación económica por maternidad consistirá en un subsidio equivalente al 100 por ciento de la base reguladora correspondiente. A tales efectos, la base reguladora será equivalente a la que esté establecida para la prestación de incapacidad temporal, derivada de contingencias comunes”. Según el art. 13.1 Decreto 1.646/1972, de 23 de junio, la base reguladora de la incapacidad temporal se calcula sobre las bases de cotización correspondientes al mes anterior al de la fecha de inicio de la incapacidad.

<sup>38</sup> En el mismo sentido, GOERLICH PESET, J.M. y GARCÍA ORTEGA, J: “La reforma del Régimen de Autónomos en la Ley 6/2017”, ob.cit., p.13. La Disposición Final segunda LRTA añade un nuevo art. 43 bis al Real Decreto 2064/1995, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento general sobre cotización y liquidación de otros derechos de la Seguridad Social, en el cual se permite que los autónomos puedan modificar su base de cotización hasta cuatro veces a lo largo del año.

de su cuota y el disfrute de las prestaciones a tiempo parcial (jubilación y maternidad). Y ello, en el caso de la maternidad, tiene como efecto una cierta limitación del alcance de las medidas de protección a la familia. A mayor abundamiento, ya comentamos que el empleo autónomo se está caracterizando por exigir un mayor tiempo de trabajo que el empleo asalariado<sup>39</sup>.

Así, se hace un tardío reconocimiento del disfrute a tiempo parcial de prestaciones como la maternidad y la jubilación en relación a los trabajadores por cuenta propia<sup>40</sup>, pero sin desarrollo reglamentario<sup>41</sup>. Posteriormente se reforma en el año 2011 la LETA para dar cabida al trabajo autónomo a tiempo parcial<sup>42</sup>, pero dicha reforma tampoco acompañada del necesario desarrollo normativo. Y, por último, la entrada en vigor de tal reforma se aplaza a 1 de enero de 2019 en la Ley de Presupuestos Generales del Estado para el año 2017<sup>43</sup>, con lo que se mantiene la senda de las dilaciones en el tratamiento normativo de esta cuestión. Pero, aun cuando todavía no haya podido entrar en vigor, de la regulación de este trabajo autónomo a tiempo parcial nos parece destacable que, el nuevo epígrafe 4 introducido en el art. 25 LETA, no generaliza el establecimiento de un futuro sistema de cotización a tiempo parcial, sino únicamente para *“determinadas actividades o colectivos y durante determinados periodos de su vida laboral”*. A nuestro juicio, y visto el devenir posterior de este tema, probablemente en esta matización va a estar el “quid” de la cuestión.

La LRTA vuelve a repetir la misma política en sus Disposiciones Adicionales quinta y sexta, en relación a la cotización a tiempo parcial y a la jubilación parcial. La primera de ellas, delega en la Subcomisión para el estudio de la reforma del Régimen Especial de Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, constituida en el Congreso de los Diputados, la determinación de los elementos que hagan posible la implantación de un sistema de cotización a tiempo parcial, con la misma cautela del art. 25.4 LETA: *“para las actividades o colectivos que se consideren, y en todo caso vinculado a periodos concretos de su vida laboral”*. Nótese que hay ahora un matiz más incisivo en el hecho de que sólo podría mantenerse esta forma de cotizar en periodos específicos de la vida laboral del autónomo, pero la determinación de cuales puedan ser esos periodos es una incógnita. Ignoramos si podría referirse, por ejemplo, al posible mantenimiento de una cotización parcial para hacer efectivo el derecho al descanso por maternidad a tiempo parcial, o a la jubilación parcial, por ejemplo, y sólo en esos casos.

La segunda de ellas delega a la misma Subcomisión, la determinación de los elementos que hagan posible el acceso a la jubilación parcial, incluida la posibilidad de contratar parcialmente o por tiempo completo a un nuevo trabajador para garantizar el relevo generacional en los supuestos de trabajadores autónomos que no cuentan con ningún empleado. Sin duda, esta posibilidad, en el contexto de la protección a la familia, podría coadyuvar a que los trabajadores autónomos puedan ejercer labores de cuidado a familiares en situación de dependencia (generalmente, los progenitores).

Los motivos por los que no llega a articularse jurídicamente esta posibilidad pueden ser varios, entre ellos su posible conflicto con la exigencia de habitualidad en el ejercicio de las actividades por cuenta propia para admitir el alta en el RETA, máxime cuando la propia LRTA prevé que este concepto se pueda delimitar, en un futuro, en función de la obtención de ingresos superiores al salario mínimo interprofesional<sup>44</sup>. Sin embargo, a nuestro juicio este obstáculo puede quedar

<sup>39</sup> Sobre ello también incide FERNÁNDEZ COLLADOS, M.B: “Conciliación de la vida familiar y profesional del emprendedor en España”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, núm. 1, 2017, p.7.

<sup>40</sup> En el año 1999, La Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de Conciliación de la Vida Familiar y Laboral, modificó la Disposición Adicional Octava LGSS, amplía la jubilación parcial a los trabajadores por cuenta propia del REA, RETA y REM, *“en los términos y condiciones que se establezcan reglamentariamente”*.

<sup>41</sup> Disposición Adicional octava, apartado 4, LGSS.

<sup>42</sup> La Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del Sistema de Seguridad Social, modifica su art. 1.1 para introducir que *“Esta actividad autónoma o por cuenta propia podrá realizarse a tiempo completo o a tiempo parcial”*. Además, su art. 25.4 prevé establecer un sistema de cotización a tiempo parcial y afiliación parcial en su art. 24.

<sup>43</sup> Disposición Final décimo séptima.

<sup>44</sup> Disposición Adicional cuarta.

fácilmente solventado si dicho límite económico se aplica de forma proporcional, en caso de cotización a tiempo parcial<sup>45</sup>. Otro de ellos puede ser que la admisión del trabajo a tiempo parcial, y la consiguiente cotización parcial, podría obligar a un replanteamiento del actual sistema de cotización de los autónomos del RETA, basado en la elección de bases fijas de cotización<sup>46</sup>. Pero este obstáculo también entendemos que podría solventarse si cabe la posibilidad de reducir dichas bases en proporción a la parcialidad que se pueda permitir.

Por lo tanto, la dificultad que, a nuestro juicio, es verdaderamente determinante, es el fraude al que podría dar lugar la admisión del tiempo parcial autónomo por las dificultades de control que se plantean, salvo en caso de pluriactividad del autónomo con una actividad asalariada (supuesto en el que ya debería estar admitida). De ahí la insistencia del legislador en admitir esta posibilidad, en un futuro, a ciertas “actividades o colectivos”. De hecho, la propia ATA, en su “Decálogo de 32 medidas: seguir avanzando en el trabajo autónomo 2018”, propone el tiempo parcial para colectivos específicos: pluriactividad, limitación administrativa de horarios (comercio, hostelería, venta a domicilio), asistencia en el hogar, dependencia y venta ambulante<sup>47</sup>.

Teniendo en cuenta que el comercio y la hostelería, tal y como apuntábamos en epígrafes anteriores, son los sectores que agrupan a un mayor volumen de trabajadoras por cuenta propia, sería necesario profundizar en ellos en las posibilidades de trabajo a tiempo parcial, en aras a facilitar la conciliación de la vida familiar y familiar. Siendo realistas, hay que tener en cuenta que el tener un referente que permita controlar la dedicación parcial del autónomo a su actividad va a ser necesario, sí o sí, para admitir esta posibilidad. Y en estos sectores el referente lo pueden dar sus horarios de apertura y cierre, y las contrataciones efectuadas para cubrir su jornada de trabajo<sup>48</sup>. Ahora bien, tal y como apunta la LRTA, para mayor control de la veracidad de la dedicación parcial a su actividad del autónomo, podría ser necesario exigir que la parcialidad venga exigida por concretas circunstancias, como la maternidad o la jubilación parcial, y que esté limitada al tiempo durante la que ésta se mantenga.

En definitiva, a efectos de intensificar las medidas de protección a la familia que se deben establecer para los autónomos, entendemos que es necesario ahondar en esta regulación, sobre todo en casos de necesidades acreditadas de cuidado de familiares, menores o dependientes, y en los sectores en los cuales es mayoritaria la presencia de mujeres autónomas.

## V. LA POLÍTICA DE FOMENTO DEL TRABAJO CON FAMILIARES

La LRTA incide en otro aspecto que puede estar relacionado con las medidas de protección a la familia, cuales son los beneficios que pueden fomentar las denominadas “ayudas familiares” en el contexto del desarrollo de su actividad profesional. Nos referimos a las posibilidades de que el autónomo pueda trabajar con otros familiares, ya sea contratándolos, ya sea como colaboradores autónomos. Y en ambas vertientes va a tener influencia esta norma, estableciendo bonificaciones de cuotas.

En lo que se refiere a las bonificaciones por contratación de familiares (cónyuge, ascendientes, descendientes y demás parientes por consanguinidad o afinidad, hasta segundo grado), su Disposición Adicional séptima incorpora una de carácter novedoso consistente en que su contratación indefinida dará derecho a una bonificación en la cuota empresarial por contingencias

<sup>45</sup> Como aclara LÓPEZ ANIORTE, M.C.: “El difuso concepto de trabajador por cuenta propia o autónomo: de la eventual cuantificación económica de la habitualidad al reconocimiento del trabajo autónomo a tiempo parcial”, *Relaciones Laborales*, núm. 9, 2013, p.17, también habrá que delimitar este trabajo del que es esporádico o marginal.

<sup>46</sup> GOERLICH PESET, J.M. y GARCÍA ORTEGA, J.: “La reforma del Régimen de Autónomos en la Ley 6/2017”, op.cit., p. 5.

<sup>47</sup> Medida 16.

<sup>48</sup> LÓPEZ ANIORTE, M.C.: “El difuso concepto de trabajador por cuenta propia o autónomo: de la eventual cuantificación económica de la habitualidad al reconocimiento del trabajo autónomo a tiempo parcial”, ob.cit. pp. 18 y ss, determina que es relativamente fácil determinar la parcialidad en caso de establecimientos abiertos al público, y que para las demás actividades podría exigirse una declaración de jornada en la que se acredite parcialidad en función de los estudios, conciliación o características de los servicios prestados.

comunes del 100 % durante 12 meses. Pero tal bonificación está condicionada a que el autónomo no haya extinguido contratos de trabajo, bien por causas objetivas, bien por despidos disciplinarios declarados improcedentes o bien por despidos colectivos declarados no ajustados a derecho, en los doce meses anteriores a la celebración del contrato del familiar. Y también a que en los seis meses posteriores a dicha celebración se mantenga el nivel de empleo, para lo cual no se tienen en cuenta las extinciones de contrato por causas objetivas o los despidos disciplinarios no declarados improcedentes, los despidos colectivos no declarados no ajustados a Derecho, las extinciones por dimisión, muerte o incapacidad de los trabajadores, la extinción por expiración del tiempo convenido o por obra o servicio, ni la resolución durante el periodo de prueba.

Por lo tanto, sus mayores limitaciones son su escasa duración temporal y la necesidad de que esta contratación no perjudique al mantenimiento del empleo de otros trabajadores en los límites temporales establecidos. Así, no quiere el legislador que se produzca una especie de efecto “sustitución” entre trabajadores no familiares por otros familiares, máxime teniendo en cuenta que se financia a través del Servicio Público de Empleo Estatal. Para controlar el cumplimiento de estas condiciones, expresamente se recalcan las competencias de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, en este sentido.

En el contexto de las medidas de protección a la familia, estas bonificaciones sin duda tienen impacto en diversos sentidos. Por una parte, al permitir la integración en el mercado de trabajo de familiares cercanos y diluir, en alguna medida, la posible economía sumergida que pueda existir en este ámbito<sup>49</sup>. Por otra parte, el apoyo familiar en el trabajo puede tener una positiva repercusión en el caso de las trabajadoras por cuenta propia, a los efectos de facilitar su conciliación de la vida personal y familiar al permitir que sus familiares directos compartan con ella la organización de sus horarios de trabajo. En este sentido, entendemos que el tenor de la reforma es positivo. Ahora bien, hay dos limitaciones que, a nuestro juicio, es necesario revisar y, en su caso, flexibilizar, al no tener una justificación objetiva. Nos referimos, en primer lugar, a su escasa limitación temporal de 12 meses (sin posteriores ampliaciones, como sucede, por ejemplo, en el caso de las bonificaciones por violencia de género) y, en segundo lugar, a la ausencia de extensión a las parejas de hecho del trabajador autónomo, que sí se realiza en el caso de las bonificaciones por altas de familiares colaboradores en la Disposición Final décima y que, además, se prevé en la Disposición Adicional decimotercera LETA.

En lo relativo a las bonificaciones por altas de familiares colaboradores, en la Disposición Final décima se modifica la ya existente en el art. 35 LETA<sup>50</sup>, afectando el tenor de la reforma a dos cuestiones. Una de ellas, que parece muy significativa, cual es la ampliación de la bonificación a las parejas de hecho, en realidad no es de carácter novedoso puesto que, como acabamos de indicar, ya permitía este alcance la Disposición Adicional decimotercera LETA<sup>51</sup>. Desde la perspectiva de la protección a la familia, sin duda esta ampliación del concepto de familia que ya se había efectuado en dicha Disposición es muy positiva, y no está de más que se refleje en el nuevo

<sup>49</sup> NICOLÁS BERNAD, J.A: “Controversias jurídicas en materia de Seguridad Social en la aplicación de la Ley 6/2017, de Reformas Urgentes del Trabajo Autónomo, y propuestas de mejora”, ob.cit., p. 40.

<sup>50</sup> Añadida por la Ley 31/2015, de 9 de septiembre, por la que se modifica y actualiza la normativa en materia de autoempleo y se adoptan medidas de fomento y promoción del trabajo autónomo y de la Economía Social, en los siguientes términos: *“El cónyuge y familiares de trabajadores autónomos por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado inclusive y, en su caso, por adopción, que se incorporen al Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, siempre y cuando no hubieran estado dados de alta en el mismo en los cinco años inmediatamente anteriores, y colaboren con ellos mediante la realización de trabajos en la actividad que se trate, incluyendo a los trabajadores por cuenta propia del Régimen Especial de los Trabajadores del Mar, a partir de la entrada en vigor de esta Ley, tendrán derecho a una bonificación durante los veinticuatro meses siguientes a la fecha de efectos del alta, equivalente al 50 por 100 durante los primeros dieciocho meses y al 25 por 100 durante los seis meses siguientes, de la cuota que resulte de aplicar sobre la base mínima el tipo correspondiente de cotización vigente en cada momento en el Régimen Especial, o Sistema Especial en su caso, de trabajo por cuenta propia que corresponda. Lo previsto en el presente artículo no será de aplicación a los familiares colaboradores que con anterioridad se hayan beneficiado de esta medida”*.

<sup>51</sup> GOERLICH PESET, J.M. y GARCÍA ORTEGA, J: “La reforma del Régimen de Autónomos en la Ley 6/2017”, op.cit., p. 6. Literalmente: *“Las referencias al cónyuge del trabajador autónomo...previstas en los artículos 35 y 37...se entenderán también realizadas a la persona ligada de forma estable con aquél por una relación de afectividad análoga a la conyugal una vez que se regule...el alcance del encuadramiento de la pareja de hecho del trabajador autónomo”*.

art. 35 LETA. Lo que sí es interesante, aunque tampoco su contenido es novedoso, es que la LRTA integra en el precepto una definición de pareja de hecho, en los términos siguientes: “*se considerará pareja de hecho la constituida, con análoga relación de afectividad a la conyugal, por quienes, no hallándose impedidos para contraer matrimonio, no tengan vínculo matrimonial con otra persona y acrediten, mediante el correspondiente certificado de empadronamiento, una convivencia estable y notoria y con una duración ininterrumpida no inferior a cinco años. La existencia de pareja de hecho se acreditará mediante certificación de la inscripción en alguno de los registros específicos existentes en las comunidades autónomas o ayuntamientos del lugar de residencia o mediante documento público en el que conste la constitución de dicha pareja*”.

Tal definición, como no podría ser de otra manera en el ámbito de la Seguridad Social, coincide con la establecida en la única prestación que hace referencia al concepto de las parejas de hecho, cual es la pensión de viudedad, en el art. 221.2 LGSS. El interés de integrar esta definición en el art. 35 LRTA puede estar en la consolidación de este concepto en el contexto del sistema de Seguridad Social, pues obviamente ya va a resultar difícil que se modifique, salvo que se haga con carácter general. Resulta, pues, loable que el legislador haya querido mantener un concepto ya definido que, aun cuando pueda ser discutible y mejorable, necesariamente debe tener el mismo alcance en todo el sistema de Seguridad Social<sup>52</sup>.

La segunda reforma, y esta sí que constituye una verdadera modificación respecto a la regulación anterior, consiste en la desaparición del último párrafo del art. 35, que establecía la no aplicación de la bonificación al que anteriormente se hubiese beneficiado de ella. Por lo tanto, ahora pueden concatenarse sucesivas bonificaciones sin que sea necesario acreditar ningún tipo de causalidad en el abandono de la actividad. Tampoco hay en el texto legal limitaciones legales en cuanto a la necesidad de que deba transcurrir un determinado periodo de tiempo entre un alta y la posterior en el RETA o en el REM, que sí se impone, por ejemplo, en las denominadas “tarifas planas” del art. 31 LETA<sup>53</sup>. Con ello se produce una cierta situación de privilegio en el caso de los familiares colaboradores autónomos, que podrán elegir entre unas u otras bonificaciones en función de su situación profesional cuando se produzcan altas diversas.

El sentido de esta nueva situación quizás podríamos encontrarlo en una intencionalidad de reconducir el empleo de los familiares en mayor medida hacia el autoempleo, teniendo en cuenta que, en este caso, la duración de la bonificación se duplica (24 meses frente a 12). Pero puesto que se ha regulado una bonificación en caso de contratación y que sigue sin regularse su posible cotización a tiempo parcial, la efectividad de la medida puede ser bastante dudosa. Es más, no parece haber obstáculo legal para que los familiares sean contratados inicialmente y, una vez transcurridos los doce meses bonificados, sean dados de baja en el RGSS y de alta en el RETA, puesto que lo exigido en la norma es que en los cinco años anteriores no estuviesen de alta en el RETA.

En conclusión, aun existiendo cuestiones mejorables, la LRTA definitivamente impulsa la organización del trabajo en familia en el contexto del empleo autónomo, y ello es positivo para el fomento del autoempleo en general. Por otra parte, también consideramos que es positivo desde la perspectiva de la protección a la familia, tanto por su fomento de la contratación de familiares como por la mayor flexibilidad en la bonificación de los autónomos familiares colaboradores. Lo que nos plantea dudas es que la regulación actual fomente el autoempleo frente al empleo asalariado de estos familiares.

## VI. NOVEDADES EN EL ENCUADRAMIENTO DE LOS HIJOS CON DISCAPACIDAD

Inciendo, también, en el fomento del trabajo familiar, la LRTA amplía los supuestos antes establecidos en los cuales es posible la integración en el RGSS de los hijos del autónomo, “ex”

<sup>52</sup> En este sentido, NICOLÁS BERNAD, J.A.: “Controversias jurídicas en materia de Seguridad Social en la aplicación de la Ley 6/2017, de Reformas Urgentes del Trabajo Autónomo, y propuestas de mejora”, *ob.cit.*, p. 40.

<sup>53</sup> Se debe causar alta inicial o que hayan transcurrido dos años entre un alta y otra.

Disposición Adicional décima LETA y art. 12.2 LGSS<sup>54</sup>. Esta ampliación afecta a un colectivo importantísimo en lo que se refiere a su necesidad de atención y cuidado en el marco de la protección a la familia, cual es el de los hijos mayores de 30 años con discapacidad. Así, se mantiene la posibilidad de que los autónomos puedan contratar a los hijos menores de 30 años aunque convivan con ellos, con exclusión de la cobertura por desempleo. En relación a los mayores de 30, se permite dicha contratación en tres supuestos, uno de ellos de nueva creación:

- Personas con parálisis cerebral, con enfermedad mental o discapacidad intelectual, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 33 %.
- Personas con discapacidad física o sensorial, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 65 %.
- Personas con discapacidad física o sensorial, con un grado de discapacidad reconocido igual o superior al 33 % e inferior al 65 %, siempre que causen alta por primera vez en el sistema de la Seguridad social. Este inciso es el que introduce la reforma de la LRTA, ampliando con ello las posibilidades de contratación de hijos con discapacidad, precisamente en el colectivo que podrá tener una mayor posibilidad para realizar actividades profesionales al ser menor su grado de discapacidad. Lo que la norma no permite es que, si ya han estado incluidos en el mercado de trabajo y, por ende, en algún Régimen del Sistema, posteriormente sean contratados por sus progenitores. En este sentido, nos parece que su finalidad clara es la de facilitar la integración laboral de estos hijos que no han podido hacerlo por otras vías, y la de evitar la conversión de estos hijos que eran autónomos en asalariados.

Esta novedad en el marco de la protección a la familia, ciertamente podría incidir en el fomento del autoempleo de los progenitores que tengan hijos con discapacidad en los términos aludidos. Y ello porque verán la oportunidad de ofrecerles una vía para su difícil integración laboral, que tiene mucha más lógica que la de obligarles a convertirse en autónomos si quieren y pueden trabajar en su empresa. Sobre todo teniendo en cuenta que difícilmente su dedicación podrá ser plena, y que la dedicación parcial de los autónomos sigue en ese “limbo” del que no parece poder salir. Por otra parte, la contratación de hijos con discapacidad, que mantengan capacidades para realizar algún tipo de actividad profesional, sin duda redundará en la mejora de la conciliación de la vida laboral y personal de los autónomos y sus hijos al coincidir en tiempo y espacio, y en la propia calidad de vida de estos hijos.

## VII. CONCLUSIONES

Como respuesta a la pregunta que nos formulamos como hipótesis inicial de este estudio, cual es si la reforma efectuada por la LRTA puede influir en el fomento del autoempleo en base a las medidas establecidas de protección a la familia, es evidente que ha sido intención del legislador el mejorar diversos aspectos que pueden facilitar, sobre todo, la conciliación de la vida familiar y laboral. Y ello, en atención a los datos estadísticos expuestos, parece que es de todo punto necesario ante el escaso éxito de las medidas implantadas de fomento del autoempleo femenino, los sectores de actividad en los cuales predomina su actividad, caracterizados por altos niveles de dedicación horaria, y la baja incidencia de las autónomas empleadoras. Pero también hay cuestiones criticables en cuanto al alcance de esta reforma.

Muy destacables, en el contexto de la protección a la familia de los trabajadores por cuenta propia, son las mejoras en relación a las víctimas de la violencia de género, pero sigue sin hacerse efectiva una política que esté destinada a propiciar el mantenimiento de sus negocios con la regulación de ayudas que fomenten la contratación. Igualmente, muy positivas son las diversas bonificaciones previstas para situaciones relacionadas con el nacimiento de hijos y la decidida

<sup>54</sup> En la Disposición Final sexta.



política de fomento del trabajo familiar, pero pueden eliminarse limitaciones como la incluida en el art. 30 LETA para autónomos no empleadores, o en el art. 38 bis LETA que excluye su aplicación a los varones. Eso sí, en relación al trabajo de los familiares, este fomento no parece que vaya a favorecer su autoempleo sino, más bien, su contratación.

Se ha perdido, quizás, una importante oportunidad para abordar, definitivamente, las posibilidades de regulación del trabajo a tiempo parcial de los autónomos. Esta cuestión sigue quedando aplazada cuando, cada vez con mayor insistencia, desde las propias asociaciones de trabajadores autónomos se viene reclamando su articulación para sectores de actividad vinculados a horarios de apertura y cierre, como son el comercio y la hostelería. Sobre la oportunidad de esta regulación hay que tener en cuenta que en ellos es donde mayoritariamente se ubican las trabajadoras por cuenta propia. Por otra parte, y tal y como se apunta en la LRTA, esta regulación del trabajo a tiempo parcial podría tener su mayor conexión con la política de protección a la familia, si se vincula a circunstancias específicas que exijan una dedicación temporal tales como la maternidad, para el cuidado de hijos, o la jubilación, para el cuidado de familiares.

Y hay que llamar la atención sobre la constante limitación de la extensión de la reforma a los trabajadores autónomos del grupo primero de cotización del REM, cuestión que el legislador deberá replantearse.

En definitiva, el tenor de la reforma puede considerarse positivo en lo que se refiere al incremento de medidas que permitan que la vida familiar no tenga un impacto negativo en el mantenimiento del empleo autónomo, pero es mejorable. Y, sobre todo, entendemos que el legislador debe prestar una atención muy particular, en el futuro, a la situación de las trabajadoras por cuenta propia, que no tienen trabajadores a su cargo ni ayudas familiares, que trabajan en los sectores del comercio o la hostelería y que pueden acreditar la necesidad de ejercer labores de cuidado respecto de familiares menores o dependientes. Así mismo, la política de protección a la familia de los trabajadores autónomos sigue demandando un tratamiento integral, no disperso y específico respecto a las medidas que se implementan para el empleo asalariado.



# CAPÍTULO VI. LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS EN SITUACIÓN DE DEPENDENCIA. AVANCES Y RETROCESOS EN SU ATENCIÓN Y CUIDADOS

MANUELA DURÁN BERNARDINO

*Profesora Ayudante Doctora (acreditada a Contratada Doctora) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de Granada*

## I. PLANTEAMIENTO GENERAL

La Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las Personas en Situación de Dependencia<sup>1</sup>, para dar cumplimiento a los principios y objetivos que la inspiran, prevé un conjunto de prestaciones en favor de sus posibles beneficiarios, prestaciones de servicios y prestaciones económicas, aunque no les otorga el mismo valor. En su artículo 14 establece que las prestaciones de servicios tendrán carácter prioritario y que sólo de no ser posible la atención a través de los servicios previstos, se incorporará la prestación económica<sup>2</sup>. Es decir, dejando a un lado la libertad de elección del beneficiario<sup>3</sup> así como la promoción de su autonomía personal<sup>4</sup>, se opta por un modelo jerarquizado de prestaciones, en el que se reconoce clara prioridad a las prestaciones de servicio y carácter secundario a las prestaciones económicas<sup>5</sup>, y no

---

<sup>1</sup> BOE núm. 299 de 15 de diciembre de 2006.

<sup>2</sup> Se sigue así la misma línea adoptada previamente por otros países. La protección de la situación de dependencia en los países nórdicos se basa fundamentalmente en prestaciones de servicios, al igual que sucede con los países continentales, en los que también se le da preferencia a éstos sobre las ayudas económicas directas, bien a través de la elevación de la cuantía de los servicios frente a las prestaciones económicas (como es el Caso de Alemania y Austria), o bien mediante la limitación de la capacidad de elección del beneficiario en función del grado y nivel de la dependencia a favor de los servicios profesionalizados (Luxemburgo).

<sup>3</sup> Aspecto contrario a lo establecido en el artículo 2.1 de la Ley de dependencia, donde se define la *autonomía* como «la capacidad de controlar, afrontar y tomar, por propia iniciativa, decisiones personales acerca de cómo vivir de acuerdo con las normas y preferencias propias así como de desarrollar las actividades básicas de la vida diaria».

<sup>4</sup> Como bien ha denunciado la doctrina científica, se detecta aquí una clara contradicción en el diseño del sistema pues, por un lado se diseña un modelo jerarquizado que da clara prioridad a las prestaciones técnicas, y por otro, se pretende promocionar la autonomía personal (es decir, permitir a la persona en situación de dependencia decidir cómo quiere vivir). Así fue puesto de manifiesto en el Congreso Nacional: Presente y futuro de la Atención a las personas dependientes, celebrado en Madrid, los días 6 y 7 de noviembre de 2013, por CAVAS MARTÍNEZ, F., en la Ponencia titulada “La apuesta por la prioridad del Catálogo de Servicios” y por MOLERO MARAÑÓN, M<sup>ª</sup>. L., en la Ponencia “El espacio de las prestaciones económicas: el papel de la cuidadora familiar en la protección de la dependencia”.

<sup>5</sup> Así, con esta opción, el sistema establecido en la Ley marca frontera con el sistema de Seguridad Social, cuyo mecanismo de cobertura más típico es la concesión de prestaciones económicas. Véase, RODRÍGUEZ-PINERO, E.: “El contenido constitucional de la dependencia”, *Revista de Derecho Social*, N.º 36, 2006, pg. 5; GARCÍA RUBIO, M.A.: “Prestaciones y Catálogo de Servicios”, en VV.AA. ROQUETA BUJ, R. (Coord.), *La protección de la dependencia. Comentario a la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía personal y Atención a las personas en situación de dependencia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pg. 275. Ahora bien, como bien advierte MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C., MORENO VIDA, M<sup>ª</sup> N., MALDONADO MOLINA, J.A., y GONZÁLEZ DE PATTO, R. M<sup>ª</sup>: *La protección jurídica de las situaciones de dependencia. Estudio sistemático de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de protección de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia*, Comares, Granada, 2007, pgs. 262 y 275, no se puede olvidar que dentro de la Seguridad social existen también prestaciones de servicios, como las que conforman la asistencia social o las prestaciones sanitarias.

por casualidad, sino que esta alternativa está ampliamente justificada por las innumerables ventajas que supone, entre las que cabe destacar las siguientes<sup>6</sup>:

1. Mayor eficiencia y calidad en la atención, ya que ésta se realiza por profesionales especializados, permitiendo un mayor control sobre las mismas y, a su vez, evaluaciones periódicas sobre la situación de la persona dependiente;

2. Evita posibles abusos a los que podría conllevar la concesión de prestaciones económicas, como dirigir la cuantía a fines distintos para los cuales fue concedida.

3. Generación de empleo y actividad económica. La Ley 39/2006, de 14 de diciembre, además de dar respuesta a una urgente necesidad social, supone una gran oportunidad para crear actividad económica sostenible y generar empleo, pues la atención a la dependencia se concreta, principalmente, en actividades de cuidados personales, que son muy intensivas en trabajo. Su ingente potencial de creación de empleo fue estimado en más de 635.000 puestos de trabajo a jornada completa en 2015. Sin embargo, por todos es sabido que este potencial no está siendo plenamente aprovechado, debido entre otros factores a la irrupción de la crisis económica y a las políticas de ajuste<sup>7</sup>.

4. Promoción social, personal y profesional de las personas que durante muchos años han venido asumido la carga principal en la atención a las personas en situación de dependencia, permitiendo su incorporación al mercado de trabajo (principalmente mujeres). El Comité Económico Social Europeo ha llamado la atención recientemente sobre este particular, pidiendo a la Comisión Europea que investigue la situación de los cuidadores domésticos internos, con el objeto de que reciban un trato similar al de los otros trabajadores asistenciales (limitación del tiempo de trabajo, derecho a una remuneración adecuada, a la protección de la salud y la seguridad, la cobertura social y el derecho a la libertad de asociación y la negociación colectiva)<sup>8</sup>.

5. Y lo más importante, la intención de configurar un sistema para la protección de personas que se encuentran en una situación de dependencia material, no económica, y por este motivo precisan servicios aptos para atender las necesidades que su situación de dependencia exija<sup>9</sup>.

Sin embargo, este modelo legal tropieza en la práctica con tres dificultades: una red de servicios profesionales muy desigual territorialmente y deficitaria (faltan servicios y profesionales en el sector); una arraigada tradición al modelo latino de cuidados en el entorno familiar (si atendemos a la elección libre y voluntaria en la mayoría de los casos a favor del mantenimiento del cuidado en su entorno y por un cuidador familiar); y unas tasas de dependencia que superan las previsiones iniciales.

A consecuencia de ello, durante los siete primeros años de aplicación de la Ley (2007-2013), las prestaciones excepcionales (económicas) han superado a las prestaciones “prioritarias” (servicios). Los datos así lo han venido reflejando, del 100 % de prestaciones reconocidas a los beneficiarios, a fecha de 31 de diciembre de 2013, 481.871 (50,98 %) correspondían a prestaciones económicas (vinculadas al servicio, para cuidados en el entorno familiar y de asistencia personal),

<sup>6</sup> Todas ellas examinadas ampliamente en el *Libro Blanco de Atención a las Personas en situación de dependencia en España* e igualmente por la doctrina científica, CAVAS MARTÍNEZ, F.: “Aspectos fundamentales de la Ley de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia”, *Aranzadi Social*, N.º 13, 2006, pg. 20; GARCÍA RUBIO, M.A.: “Prestaciones y Catálogo de Servicios”, en VV.AA. ROQUETA BUJ, R. (Coord.), cit., pg. 233.

<sup>7</sup> JIMÉNEZ LARA, A. Y RODRÍGUEZ CASTEDO, A.: “La Economía Social y la atención a la Dependencia. Propuestas para contribuir al desarrollo de los servicios de atención de la dependencia y a la generación de empleo estable y de calidad”, *Fundación Alternativa*, Documento de trabajo 177/2012, pg. 6. JIMÉNEZ LARA, A.: “Crisis y Atención a la Dependencia. Efectos sobre el empleo y las familias”, *Revista Actas de la dependencia*, *Fundación Alternativa*, N.º 5, 2012, pg. 16.

<sup>8</sup> Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el tema «Derechos de los cuidadores domésticos internos», 2016/C 487/02, de 28 de diciembre de 2016.

<sup>9</sup> BLASCO RASERO, C.: “Las prestaciones de servicios del SAAD: el servicio de centro de día y de noche y el servicio de atención residencial”, en VV.AA. GONZÁLEZ ORTEGA, S. (Dir.), *La aplicación de la Ley de Dependencia en España*, CES, Madrid, 2013, pg. 214.

mientras que 463.180 (49,02 %) correspondían a prestaciones de servicios<sup>10</sup>. Lo llamativo no son las cifras, cuya diferencia es prácticamente inapreciable, sino que mientras a las prestaciones de servicios la Ley les reconoce un carácter prioritario, son las prestaciones económicas las que en el transcurso de los primeros 7 años de implantación del Sistema de dependencia se reconocieron en mayor proporción, quedando los servicios profesionales en un segundo plano y para supuestos de mayor gravedad.

Con el objetivo de invertir esta realidad y ahorrar en el gasto público ante la grave crisis económica, en el año 2012 se aprobaron diferentes disposiciones de enorme interés y trascendencia para el estudio técnico-jurídico de la dependencia y para la comprensión del cambio de dirección que se pretende adoptar en la configuración de la acción protectora del Sistema. Se hace aquí referencia al Real Decreto-Ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad<sup>11</sup>, -declarado conforme a la constitución por el Tribunal Constitucional en su reciente sentencia 18/2016, de 4 de febrero-, al Acuerdo del Consejo Territorial de 10 de julio de 2012, para la mejora del SAAD y al RD 1051/2013, de 27 de diciembre, por el que se regulan las prestaciones del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia<sup>12</sup>. Este grupo normativo tiene una incidencia directa en la acción protectora de las prestaciones que el Sistema de dependencia ofrece, y especialmente en el conjunto de prestaciones de servicios de las que son beneficiarias las personas en situación de dependencia, ya que con el objeto de dar prioridad a las prestaciones de servicios y carácter secundario a las prestaciones económicas, se introducen un conjunto de medidas de notoria relevancia y trascendencia práctica.

La finalidad básica que se pretende alcanzar con este capítulo es la exposición, manifestación y análisis de las oscilaciones y variaciones que ha sufrido la acción protectora de las prestaciones de servicio del Sistema de Dependencia tras la aprobación de la reforma expuesta y una vez finalizado el periodo de implantación de la Ley. A tal fin, en primer lugar se realiza un breve recorrido por el catálogo de servicios, centrando la atención en los aspectos más novedosa y de mayor trascendencia. En segundo lugar, se estudian las diferentes medidas adoptadas con incidencia en las prestaciones de servicio, prestando especial interés a la finalidad que se pretende alcanzar con cada una de ellas. En tercer lugar, se analizan los resultados que se han obtenido con la implantación de éstas medidas, una vez transcurridos cuatro años desde la introducción de las reformas (2012-2016), lo que permitirá constatar el objetivo real de su aprobación y la repercusión de su adopción. Para finalizar, se examinan las nuevas reglas de compatibilidad e incompatibilidad entre las prestaciones del sistema de dependencia. Se cierra este capítulo con un conjunto de conclusiones y propuestas con el objeto de destacar las ideas y consideraciones más significativas del trabajo realizado.

## II. PRESTACIONES DE SERVICIOS

En este epígrafe no se realiza un análisis pormenorizado de cada uno de los servicios que el SAAD ofrece desde su diseño original en la Ley de dependencia, puesto que ya hay numerosos estudios y trabajos que de forma minuciosa realizan este estudio<sup>13</sup>. La finalidad es la de analizar la evolución de la acción protectora de las prestaciones de servicios desde la reforma de 2012 hasta la

<sup>10</sup> IMSERSO: Estadísticas del Sistema para la autonomía y la atención a la dependencia, situación a 30 de junio de 2013, Portal Mayores.

<sup>11</sup> BOE núm. 168, de 14 de julio de 2012.

<sup>12</sup> BOE núm. 313, de 31 de diciembre de 2013.

<sup>13</sup> MOLINA GONZÁLEZ-PUMARIEGA, R.: Los servicios del sistema para la autonomía y atención a la dependencia tras seis años de funcionamiento, en VV.AA. MOLERO MARAÑÓN, M. L., *Retos para una implantación efectiva del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia*, Cinca, Madrid, 2012; MONEREO PÉREZ, J.L., MORENO VIDA, M. N., MALDONADO MOLINA, J.A., y GONZÁLEZ DE PATTO, R. M.: *Manual de Derecho de la Dependencia*, tecnos, Madrid, 2010; VV.AA. GONZÁLEZ ORTEGA, S. (Dir.), *La aplicación de la Ley de dependencia en España*, CES, Madrid, 2013; DURÁN BERNARDINO, M.: *La Protección de las Personas en Situación de Dependencia. Balance y Perspectivas de su Régimen Jurídico-Político*, Comares, Granada, 2015.

actualidad, centrando la atención en los aspectos más novedosa y de mayor trascendencia práctica.

## 1. LOS SERVICIOS DE PREVENCIÓN DE LAS SITUACIONES DE DEPENDENCIA

La Ley 39/2006, de 14 de diciembre, dispone en su artículo 21 que el servicio de prevención de la situación de dependencia, *«tiene por finalidad prevenir la aparición o el agravamiento de enfermedades o discapacidades y de sus secuelas, para lo cual es necesario el desarrollo coordinado, entre los servicios sociales y de salud, de actuaciones de promoción de condiciones de vida saludables, programas específicos de carácter preventivo y de rehabilitación dirigidos a las personas mayores y personas con discapacidad y a quienes se ven afectados por procesos de hospitalización complejos»*. En el artículo 5.1 del RD 1051/2013, de 27 de diciembre, se precisa que el objeto de esta prestación es el de *«evitar el agravamiento del grado de dependencia»*.

En toda lógica, la acción preventiva comprende a todos los grados de dependencia, con especial incidencia en el grado I de dependencia moderada, al establecerse en el apartado 3 del artículo 5 del RD 1051/2013, de 27 de diciembre, que la prevención será prioritaria para las personas en situación de dependencia en grado I, con el objeto de prevenir el agravamiento de su grado de dependencia, por lo que debe formar parte de todas las actuaciones que se realicen en el ámbito del Sistema de dependencia». Con el mismo grado de acierto, se integra la acción preventiva en el resto de servicios y prestaciones del Sistema de dependencia. El RD 1051/2013 establece en su artículo 5.1 que los servicios de prevención se incluirán en los programas de teleasistencia, de ayuda a domicilio, de los centros de día y de atención residencial, estando plenamente justificado dado que las actividades que mediante todos ellos se prestan están concebidas con una clara finalidad preventiva. En segundo lugar y con la misma lógica, los diferentes Reales Decretos por los que se ha venido regulando el régimen de incompatibilidades entre los servicios y prestaciones del sistema han respetado la compatibilidad del Servicio de prevención con el resto de servicios y prestaciones, incluso el RD-Ley 20/2012, con el que se limita ampliamente el régimen de compatibilidad prestacional en los términos analizados en este capítulo.

Pese a todo, ha sido el servicio menos utilizado durante los 10 primeros años de andadura del sistema, junto al servicio de promoción de la autonomía personal, teniendo un desarrollo marginal respecto al conjunto de prestaciones técnicas. No obstante, a partir del mediados de 2015, con la plena implantación del Grado I, ha cobrado una mayor importancia y representatividad, al ser los principales beneficiarios de las prestaciones preventivas.

En lo que respecta a la intensidad de este servicio, el artículo 5.2 del RD 1051/2013, dispone que debe establecerse en los Planes de prevención elaborados por las Comunidades Autónomas o Administración que, en su caso, tenga la competencia en su correspondiente ámbito territorial.

## 2. LOS SERVICIOS DE PROMOCIÓN DE LA AUTONOMÍA PERSONAL

Los servicios de promoción de la autonomía personal tienen como finalidad *«desarrollar y mantener la capacidad personal de controlar, afrontar y tomar decisiones acerca de cómo vivir de acuerdo con las normas y preferencias propias y facilitar la ejecución de las actividades básicas de la vida diaria»* (art. 6.1 RD 1051/2013, de 27 de diciembre), en definitiva, mejorar la calidad de vida tanto de la persona en situación de dependencia como de sus cuidadores.

Son servicios de promoción para la autonomía personal son de asesoramiento, orientación, asistencia y formación en tecnologías de apoyo y adaptaciones que contribuyan a facilitar la realización de las actividades de la vida diaria, los de habilitación, los de terapia ocupacional así como cualesquiera otros programas de intervención que se establezcan con la misma finalidad (artículo 6.2 RD 1051/2013).

Tras la reforma introducida por el RD 291/2015, de 17 de abril, se añaden los servicios de habilitación y terapia ocupacional, los de atención temprana, los de estimulación cognitiva, los de promoción, mantenimiento y recuperación de la autonomía funcional, los de habilitación

psicosocial para personas con enfermedad mental o discapacidad intelectual y los apoyos personales, atención y cuidados en alojamiento especiales de soporte a la inclusión comunitaria, que antes de la reforma sólo se dirigían a los dependientes moderados, grado I.

Respecto a la intensidad de estos servicios, el RD 1051/2013 establece que «debe adecuarse a las necesidades personales de promoción de la autonomía, a la infraestructura de los recursos existentes y a las normas que se establezcan por la correspondiente Comunidad Autónoma o Administración que tenga la competencia». En su Anexo I determina la intensidad en cada uno de los grados de dependencia tras la reforma introducida por el RD 291/2015.

Tabla 1

Servicios generales de atención	Horas de atención mensual
Grado I y II	Un mínimo de 12 horas
Grado III	Un mínimo de 8 horas
Servicios para la atención temprana	Horas mínimas de atención mensual
Grado I, II y III	Un mínimo de 6 horas
Servicio de promoción, mantenimiento y recuperación	Horas mínimas de atención mensual
Grado I	Un mínimo de 15 horas
Grado II	Un mínimo de 12 horas
Grado III	Un mínimo de 8 horas

**Fuente:** Elaboración propia a partir de los datos dispuestos en el Anexo I del Real Decreto 1051/2013, de 27 de diciembre y del RD 291/2015, de 17 de abril.

Respecto a la cobertura y utilización de este servicio, nos remitimos a lo expuesto en el apartado anterior respecto al servicio de prevención, ya que los datos estadísticos proporcionados por el IMSERSO, hacen una valoración conjunta de dichos servicios.

### 3. SERVICIO DE TELEASISTENCIA

La finalidad principal de la teleasistencia es la de facilitar asistencia inmediata ante situaciones de emergencia, o de inseguridad, soledad y aislamiento (art. 22.1 LD y art. 7.1 RD 1051/2013). Ahora bien, siendo relevante la amplitud de dicho objetivo, es evidente que este servicio contribuye además a alcanzar uno de los objetivos más importantes, reiterado en el texto de la Ley, como es el de favorecer, en la medida de lo posible, que la persona en situación de dependencia pueda permanecer en su entorno habitual (art. 7.1 RD 1051/2013)<sup>14</sup>.

Se trata de un servicio que permite la atención inmediata en el propio domicilio de la persona en situación de dependencia, proporcionando a ésta y a su entorno más cercano una mayor seguridad para continuar en el entorno en el que normalmente desarrolla su vida, favoreciendo de forma directa la autonomía y calidad de vida del beneficiario al mismo tiempo que se evita o retrasa su internamiento en un centro residencial<sup>15</sup>.

El artículo 22.1 LD –reiterado en el artículo 7.1 RD 727/2007– tan solo se limita a señalar que los instrumentos mediante los cuales se presta la teleasistencia son dos: el primero y principal, es la utilización de “tecnologías de la comunicación y de la información”, observando las medidas de accesibilidad adecuadas en cada caso (precisión incorporada con el RD 175/2011); y el segundo, no menos importante, es el “apoyo de los medios personales necesarios”.

Cabe destacar, respecto a su contenido, la reciente publicación del Acuerdo del Consejo Territorial sobre determinación del contenido del servicio de teleasistencia básica y avanzada, por Resolución de 15 de enero de 2018.

<sup>14</sup> Como bien se advierte en la evaluación anual correspondiente al ejercicio de 2012 de los resultados de aplicación de la Ley 39/2006, casi el 80 % del conjunto de las prestaciones y servicios son para el apoyo de la persona dependiente y su familia, para que permanezcan en su entorno social y domiciliario. Sin embargo, tan solo el 20 % es para la atención en centros residenciales respecto al total de prestaciones para la atención de la dependencia.

<sup>15</sup> GARCÍA RUBIO, M<sup>a</sup>. A.: “Las prestaciones del sistema para la autonomía y atención a la dependencia”, en VV.AA., ROQUETA BUJ, R. (Coord.), cit., pg. 385.

Entre los contenidos más llamativos destaca que, para las personas que tengan reconocido un grado de dependencia II ó III, la prestación del servicio de teleasistencia ha de ser complementaria al resto de las prestaciones, de forma que no podrá asignarse como prestación única en estos grados.

Con independencia de ello, las comunidades autónomas podrán establecer condiciones más ventajosas para las personas beneficiarias, en su ámbito territorial y con cargo a su nivel adicional de protección.

En lo que respecta a la intensidad, todas las Comunidades Autónomas coinciden al considerar que la teleasistencia debe prestarse las veinticuatro horas del día y durante los 365 días del año.

Este es uno de los motivos por los que el servicio de teleasistencia representa en la actualidad casi el 16 % del total de prestaciones concedidas, siendo una de los servicios más reconocidos.

#### 4. EL SERVICIO DE AYUDA A DOMICILIO

En base a lo establecido en el artículo 23 de la Ley de dependencia y 8.1 del Real Decreto 1051/2013, el servicio de ayuda a domicilio tiene por finalidad atender las necesidades básicas de la vida diaria de la persona en situación de dependencia e incrementar su autonomía, posibilitando la permanencia en su domicilio<sup>16</sup>.

Comprende la atención personal en la realización de las actividades de la vida diaria y la cobertura de las necesidades domésticas, mediante los servicios previstos en el artículo 23 LD<sup>17</sup>, y los que en su desarrollo puedan establecerse por las CCAA o Administraciones que, en su caso, tenga la competencia (art. 8.2 RD 1051/2013).

En lo que respecta a la representatividad de las modalidades de actuación, como se verá en el siguiente epígrafe, ha venido predominando la “atención doméstica”, pero tras la reforma adquiere mayor protagonismo a la atención personal, en la línea de otros países europeos como Reino Unido, donde es conocido como “servicio de ayuda a la vida”.

Respecto a la intensidad del servicio de ayuda a domicilio, el RD 1051/2013, dispone que estará en función del PIA y se determinará en número de horas mensuales de servicios asistenciales, según grado de dependencia, siendo para el grado II entre 46 y 70 horas mensuales, para el grado I entre 21 y 45 horas mensuales y para el grado I un máximo de 20 horas mensuales. Como se comprueba, con esta normativa se recortan las horas previstas en la normativa anterior (RD 175/2011) cuando ya entonces era calificada por la doctrina como escasa al representar por lo general una cobertura inferior al mínimo de calidad requerido<sup>18</sup>.

Los datos demuestran la clara insuficiencia de este servicio para atender la demanda de las personas en situación de dependencia, cuestión que ya fue puesta de manifiesto en el Informe de evaluación anual 2011 realizado por el Gobierno, donde se destacó que junto a los servicios residenciales, el servicio de ayuda a domicilio sigue siendo el servicio más deficitario del SAAD, posiblemente, por su elevado coste.

<sup>16</sup> Con anterioridad, la finalidad de este servicio se regulaba, en los mismos términos, en el artículo 8.1 del RD 727/2007, tras su modificación por el RD 175/2011.

<sup>17</sup> En este precepto legal se precisa que dichas actuaciones serán facilitadas por entidades o empresas acreditadas para esta función, de lo que se deduce que este servicio puede ser prestado tanto por instituciones públicas, como por entidades privadas, con y sin ánimo de lucro. Así, la Ley no se desvía de la doble posibilidad de gestión que las Comunidades Autónomas han venido admitiendo en la prestación de este servicio, cuya competencia han venido asignando a los ayuntamientos y entidades locales. En este sentido, GARCÍA RUBIO, M. A.: “Los servicios (II): Prevención de las situaciones de dependencia, promoción de la autonomía personal, teleasistencia y ayuda a domicilio”, en VV.AA., ROQUETA BUJ, R. (Coord.), cit., págs. 416 y 417.

<sup>18</sup> VV.AA.: Informe de Gobierno para la Evaluación de la Ley de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, dependencia, *Ministerio de Sanidad, Política social e Igualdad*, 4 de noviembre de 2011, pgs. 51 y 57.



Sin embargo, pese a sus carencias, no solo es el servicio más utilizado sino también el que ha experimentado una mayor evolución, pasando de representar el 13 % al 17 % del total de prestaciones.

## 5. SERVICIO DE CENTRO DE DÍA Y DE NOCHE

El Servicio de Centro de Día y de Noche se regula por la Ley de dependencia en su artículo 24 y por el RD 1051/2013, en el artículo 9.

Ofrece una atención integral durante el periodo diurno o nocturno a las personas en situación de dependencia, con una doble finalidad: por un lado, mejorar o mantener el mejor nivel posible de autonomía personal en las personas en situación de dependencia y, por otro, apoyar a sus familias o cuidadores proporcionándoles tiempo libre y descanso (art. 24 LD).

Estos servicios pueden prestarse en Centros de Día para mayores de 65 años, Centros de Día para menores de dicha edad, Centro de Día de atención especializada y Centro de Noche.

Ahora bien, para que esta prestación pueda concederse deben existir centros cercanos al domicilio de cada dependiente, tanto si se trata de núcleo urbano como rural, respetándose así el principio de proximidad del servicio al usuario y la permanencia de éste en su entorno habitual, sin embargo, no siempre es así. Actualmente existe una importante carencia de centros, especialmente en las zonas rurales donde, la escasa densidad poblacional hace inviable e insostenible la prestación de estos servicios<sup>19</sup>. La solución más acertada que, desde hace años se viene dando en algunas Comunidades Autónomas es la de concentrar servicios, es decir, instaurar centros mixtos, ahora llamados *centros polivalentes de recursos*, que ofrecen una variada gama de prestaciones y servicios y cuentan con la especialización interna precisa para dar respuesta a las necesidades que presenten las personas en situación de dependencia, al mismo tiempo que se garantiza la proximidad con su entorno más cercano y, en definitiva, permiten la sostenibilidad de los centros en poblaciones con un número reducido de usuarios<sup>20</sup>.

La intensidad de este servicio tan solo se concreta para el Grado I, dependencia moderada, viéndose reducida a partir del día 1 de enero de 2014, fecha de entrada en vigor del RD 1051/2013, al reconocerse un mínimo de 15 horas semanales. En consecuencia, han sido las Comunidades Autónomas las que han determinado la intensidad de protección, fijando con carácter general la permanencia del dependiente en el centro durante un número de horas y días similar a la jornada habitual de trabajo, es decir, 40 horas semanales y 5 días a la semana<sup>21</sup>.

El coste de las estructuras y recursos del servicio de centro de día y de noche dificulta sumamente su implantación, lo que queda constatado en su representatividad, tan solo del 8 % respecto al total de prestaciones concedidas.

<sup>19</sup> Para CAVAS MARTÍNEZ, F.: “Aspectos fundamentales de la Ley de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia”, op. cit., pg. 211, esta amplia tipología de centros de día y de noche regulada en los artículos 15 y 24 LD y, sin unificación de criterios, en la normativa autonómica, resulta adecuada en entornos con gran densidad poblacional, sin embargo, no resulta ni útil ni sostenible en zonas con poca densidad de población, donde lo más coherente y adecuado es la instauración de centros mixtos. En el mismo sentido, VV.AA, MONTOYA MELGAR, A: *La protección de las personas dependientes. Comentario a la Ley 39/2006, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia*, Civitas, Navarra, 2007, pg. 145; y SEMPERE NAVARRO, A.V. y CAVAS MARTÍNEZ, F.: *Ley de dependencia. Estudio de la Ley 39/2006, sobre Promoción de la autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2007, pg. 128.

<sup>20</sup> El caso más destacado lo encontramos en Islas Baleares, donde se ha llegado a construir en un centro sanitario un área asistencial dedicada a la atención de mayores, enfermos crónicos y personas con enfermedad mental.

<sup>21</sup> Es el caso de Castilla-La Mancha, artículo 23 de la Orden de 29/07/2013, de la Consejería de Sanidad y Asuntos Sociales, por la que se establece el catálogo de servicios y prestaciones económicas del sistema para la autonomía y atención a la dependencia y se determina la intensidad de los servicios y el régimen de compatibilidades aplicable (DOCM núm. 152, de 7 de agosto), donde se fija la intensidad en 40 horas para los Grados III y II, y en 20 horas máximas para el Grado I.

## 6. SERVICIO DE ATENCIÓN RESIDENCIAL

Para aquellos supuestos en los que la atención a la persona en situación de dependencia no se pueda llevar a cabo en su domicilio y entorno más próximo, se prevé la atención residencial<sup>22</sup>. Se regula en el artículo 25 de la Ley de dependencia y en el artículo 10 del RD 1051/2013.

Su finalidad es la de ofrecer una atención integral y continuada, de carácter personal, social y sanitario a aquellas personas que no puedan desarrollar su vida de forma independiente (art. 25.1 LD, art. 10.1 RD 1051/2013).

La intensidad de este servicio se fija de forma genérica en el RD 1051/2013, en función de los servicios del centro que precisa la persona con dependencia, de acuerdo con su PIA. Y será la Comunidad autónoma o la Administración competente quien determinará los servicios o programas para cada grado de dependencia.

Da prueba de la extensión de este servicio su presencia generalizada en las 17 Comunidades Autónomas, representando además el 13 % de las prestaciones y con una evolución muy positiva. Sin embargo, continúan siendo los más deficitarios del sistema y las diferencias interterritoriales son muy importantes (número de plazas ofertadas, coste de las plazas públicas, copago de los usuarios, calidad del servicio ofertado, etc.)<sup>23</sup>.

## III. ÚLTIMAS REFORMAS EN EL CATÁLOGO PRESTACIONAL

En el año 2012 se aprobó el RD Ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad<sup>24</sup> y el Acuerdo del Consejo Territorial del SAAD de 10 de julio de 2012 para la mejora del sistema para la autonomía y atención a la Dependencia, con la intención de fomentar las prestaciones de servicio y reducir el gasto público. A tal fin, se adoptaron un conjunto de medidas que al mismo tiempo que pretenden favorecer la concesión de prestaciones de servicios, restringen sumamente la concesión de la prestación económica para cuidados en el entorno familiar.

La incidencia que han tenido las diferentes medidas adoptadas en los últimos años en las prestaciones de servicio es notoria, pudiéndose apreciar un antes y un después en su reconocimiento y cobertura (teniendo las prestaciones de servicios una representatividad del 48 % en 2012 y en marzo de 2018, de casi un 58 %), variando igualmente el nivel de cobertura de cada uno de los servicios que integra el catálogo.

A continuación se analizan aquellas medidas que de forma directa o indirecta han incidido en mayor o menor grado en la acción protectora de las prestaciones de servicios.

## 1. NUEVO CRITERIO DE ASIGNACIÓN DEL NIVEL MÍNIMO DE PROTECCIÓN

Recuérdese que en aplicación del originario artículo 9 de la Ley de dependencia, «el Gobierno, oído el Consejo Territorial de Servicios Sociales y del SAAD, determinará el nivel mínimo de protección garantizado para cada uno de los beneficiarios del Sistema, según el grado de su dependencia, como condición básica de garantía del derecho a la promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia». Así, el nivel mínimo de protección garantizado por el estado dependía de una única variable, *el número de personas beneficiarias según el grado de dependencia reconocido*.

<sup>22</sup> Se configura así como un recurso subsidiario al resto de servicios que si garantizan la permanencia de la persona dependiente en su domicilio habitual. Así se refleja en el Libro Blanco bajo el lema de *envejecer y vivir en casa* que se propugna desde diferentes instancias nacionales e internacionales.

<sup>23</sup> MORENO VIDA, M. N.: “Las prestaciones de servicios en situaciones de dependencia”, en VV.AA. MONEREO PÉREZ, J.L. (Dir.), *Las contingencias comunes protegidas por la Seguridad Social actualizado con las novedades introducidas por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre de medidas en materia de Seguridad Social*, Comares, Granada, 2008, pg. 733.

<sup>24</sup> BOE núm. 168, de 14 de julio.

Con el objeto de fomentar la atención a los dependientes mediante servicios profesionales, generadores de empleo y de actividad económica, cumpliendo así con una de las prioridades que marcó el legislador de la Ley, el RD-Ley 20/2012, de 13 de julio, modifica el apartado 1 del artículo 9 de la Ley de dependencia, que añade: «la asignación del nivel mínimo entre las Comunidades Autónomas se realizará considerando el número de beneficiarios, el grado de dependencia y las prestaciones reconocidas». De esta forma, la distribución entre las Comunidades Autónomas del nivel mínimo de protección ya no sólo se efectuará conforme al número de beneficiarios y la cuantía por grado de dependencia reconocida para cada uno de ellos, sino que se ponderará positivamente la prestación de servicios respecto a la prestación económica por cuidados en el entorno familiar<sup>25</sup>. (propuesta de mejora 15ª recogida en el RD-Ley y aprobada por el RD 1050/2013, de 27 de diciembre).

Actualmente el nivel mínimo de protección se regula en el RD 1050/1013, de 27 de diciembre, que además de fijar estas tres variables determina los *criterios* a tener en cuenta para su aplicación conjunta (art. 4):

- Se considera que cada beneficiario ha sido únicamente perceptor de una prestación.
- Las prestaciones deben estar efectivamente reconocidas y acreditadas.
- A estos efectos, todas las prestaciones del SAAD tienen la consideración de prestaciones de servicios, con excepción de la prestación para cuidados en el entorno familiar, que tiene la consideración de prestación económica.
- Cuando la prestación económica para cuidados en el entorno familiar esté complementada con una prestación de servicios para apoyo y atención domiciliaria a la persona dependiente y ésta alcance la intensidad mínima para cada grado de dependencia, se considerará que la suma de ambas prestaciones equivale a una de servicios y si no alcanza la intensidad mínima se considerará como prestación económica.

Conforme a estas variables y criterios, la asignación del nivel mínimo de protección para cada CCAA, será el resultado de la fórmula descrita en el apartado 3 del artículo 4, donde intervienen las tres variables aunque con distinta relevancia. Con la intención de evitar desequilibrios demasiado pronunciados y acelerados en la financiación de unas Comunidades (las que han venido dando prioridad a las prestaciones de servicios, como es el caso de Castilla y León o Andalucía) respecto a otras (en las que tiene un mayor peso las prestaciones económicas, como sucede en Islas Baleares o Murcia), la asignación del nivel mínimo de protección evolucionará progresivamente a lo largo de cuatro años y así el valor otorgado a cada variable.

Tabla 2  
Porcentajes de distribución del nivel mínimo

Año de aplicación del sistema de asignación del nivel mínimo	Reparto por beneficiario	Reparto por prestación
Primero	90 %	10 %
Segundo	80 %	20 %
Tercero	70 %	30 %
Cuarto	60 %	40 %
Quinto y siguientes	50 %	50 %

Fuente: elaboración propia a partir de los datos de la normativa aprobada.

Este cambio en el criterio de asignación del nivel mínimo de protección tiene por finalidad compensar el mayor esfuerzo realizado por aquellas Comunidades Autónomas que conceden prestaciones de servicios al mismo tiempo que se incentiva su reconocimiento. Por todos es sabido que no todas las prestaciones reguladas en la Ley tienen el mismo coste, siendo mucho más

<sup>25</sup> Es así como se establece en el Acuerdo de 10 de julio de 2012, del Consejo Territorial para la mejora del sistema para la autonomía y atención a la dependencia (Resolución de 13 de julio de 2012, de la Secretaría de Estado, Servicios Sociales e Igualdad).

costosas las prestaciones de servicio, motivo por el cual no han sido reconocidos en la mayoría de los casos y no han tenido el desarrollo previsto y deseado. Por esta razón, resulta de toda coherencia que en la determinación del nivel mínimo de protección se tenga en cuenta el tipo de prestación reconocida al beneficiario en el PIA. No obstante, aún reconociendo lo positivo de esta medida, este nuevo intento por fomentar la concesión de prestaciones de servicios no va acompañado de nuevos mecanismos que refuercen suficientemente y hagan posible este cometido para que su objeto sea real (creación de infraestructuras, accesibilidad a los servicios, contratación de personal especializado, etc).

Además, en términos de financiación, lo más coherente sería garantizar que la Administración General del Estado aporta una cantidad en función de la prestación entregada y del coste que supone la misma, al mismo tiempo que a la persona en situación de dependencia se le debería reconocer la prestación que más se adapte a su situación y a sus necesidades, con independencia de que tenga naturaleza económica o de servicio.

## **2. DESINCENTIVACIÓN DE LA PRESTACIÓN ECONÓMICA PARA CUIDADOS EN EL ENTORNO FAMILIAR**

Con el objeto de desincentivar la preferencia de las personas en situación de dependiente por la prestación económica para cuidados en el entorno familiar y restringir su concesión, se adoptan un conjunto de medidas como el endurecimiento de los requisitos para el reconocimiento de la prestación para cuidado familiar, reducción de su importe (15 %), exclusión del cuidador del Sistema de Seguridad Social, suspensión de su reconocimiento hasta un plazo máximo de dos años, etc., en los términos que se analiza en el capítulo III de esta obra.

Y todo ello, con la presumible intención de fomentar las prestaciones de servicio (por su mayor calidad, la generación de empleo y los retornos económicos) y mejorar la calidad en la atención a las personas en situación de dependencia, a lo que se suma la intención que se viene sintiendo a golpe de decreto, ahorrar en el gasto público.

## **3. CAMBIO EN EL CONTENIDO DEL SERVICIO DE AYUDA A DOMICILIO**

Como se sabe, el servicio de ayuda a domicilio comprende los servicios relacionados con la atención de las necesidades domésticas y del hogar (limpieza, lavado, cocina u otros) y aquellos relacionados con la atención personal (art. 23 LD y 8.2 RD 1051/2013). Todas las Comunidades Autónomas han venido contemplando en su normativa tanto prestaciones domésticas como de atención personal, sin embargo, el peso otorgado a cada una de ellas no ha sido igual ni uniforme en todo el territorio nacional. En un principio, en el contenido del servicio de ayuda a domicilio predominaba la “atención del hogar”; progresivamente, tras entenderse que los cuidados personales constituyen la verdadera esencia de la protección de las personas en situación de dependencia<sup>26</sup>, se ha ido incrementando el peso de la “atención personal”, pero lo cierto es que actualmente no todas las Comunidades Autónomas han alcanzado el equilibrio deseado.

Con la última reforma se ha avanzado en esta línea ya que, aunque no se le da prioridad a un ámbito sobre el otro, si se condiciona la prestación de servicios domésticos a la prestación de servicios de atención personal. El RD-Ley 20/2012 modificó el texto del artículo 23 LD disponiendo que «los servicios relacionados con la atención de las necesidades domésticas o del hogar sólo podrán prestarse conjuntamente con los servicios relativos a la atención personal». No obstante, aunque esta precisión ha sido recogida igualmente en el artículo 8.5 del RD 1051/2013, en el mismo se contempla la posibilidad de que, con carácter excepcional y de forma justificada, se presten separadamente cuando así se disponga en el PIA. En tal caso, la Administración competente deberá motivar esta excepción en la resolución de concesión de la prestación.

<sup>26</sup> IMSERSO: Libro Blanco: *Atención a las Personas en situación de dependencia en España*, op. cit., pág. 447.

En consecuencia, desde la entrada en vigor de esta normativa, los servicios domésticos se encuentran vinculados con los de atención personal, no pudiendo reconocerse de forma separada. Con la introducción de esta rígida medida no se contempla la diversidad de situaciones que encierra la atención del cuidado de las personas dependientes, que puede precisar servicios domésticos sin requerir los de atención personal<sup>27</sup>. Ahora bien, como ha declarado recientemente el Tribunal Constitucional “la decisión estatal no excluye que las Comunidades Autónomas puedan establecer servicios adicionales, ni que puedan excepcionalmente decidir que se presten de forma separada” (SSTC 18/2016 y 99/2016)<sup>28</sup>.

#### 4. REGULACIÓN DE UN CONTENIDO COMÚN, MÍNIMO E INSUFICIENTE DE INTENSIDAD

Pese a la constatada insuficiencia de la intensidad de los servicios del catálogo, con la aprobación del RD-Ley 20/2012, lejos de aumentarse disminuye, fijándose un máximo de 70 horas para el Grado III, de 45 horas para el Grado II y de 20 horas para el Grado I, con independencia de la prestación de que se trate.

Con la entrada en vigor del RD 1051/2013, de 27 de diciembre, por el que se regulan las prestaciones del SAAD, no se resuelven ninguna de las carencias y deficiencias detectadas, en cambio, sí que se determina la intensidad para cada uno de los servicios, atendiendo a las peculiaridades que presentan.

Estos datos muestran una reducción sustancial de las horas de atención en todos los tramos, agudizándose la clara insuficiencia de los servicios para atender la demanda de las personas en situación de dependencia, por lo que no se consigue dar respuesta a las necesidades actuales de los usuarios y siguen sin ajustarse a los criterios de calidad exigidos, lo que nos aleja de otros países Europeos como Alemania, donde el control de la calidad en la prestación de servicios es la clave para proteger al dependiente.

En cualquier caso, el número de horas establecida en el desarrollo reglamentario de la LD debe entenderse como un mínimo básico, común a todas las Comunidades Autónomas que han de respetarlo, en contraposición a lo que ha sucedido hasta el momento.

Grados	Promoción de la autonomía personal	Ayuda a domicilio	Centro de día
Grado III	8 horas para el servicio general de atención y el servicio de promoción, mantenimiento y recuperación. 6 horas para el servicio de atención temprana	Entre 46 y 76	
Grado II	12 horas para el servicio general de atención y el servicio de promoción, mantenimiento y recuperación. 6 horas para el servicio de atención temprana.	Entre 21 y 41	
Grado I	12 horas para el servicio general de atención 6 horas para el servicio de atención temprana. 15 horas el servicio de promoción, mantenimiento y recuperación.	Máximo 20	15

### IV. IMPACTO DE LAS MEDIDAS ADOPTADAS. SITUACIÓN ACTUAL

#### 1. AUMENTA EL RECONOCIMIENTO DE PRESTACIONES DE SERVICIOS

Al ponderarse positivamente la concesión de prestaciones de servicios a efectos de reparto del nivel mínimo de protección, las Comunidades Autónomas se han esforzado por mantener o incrementar las atenciones en servicios y no incrementar o disminuir la prestación económica por

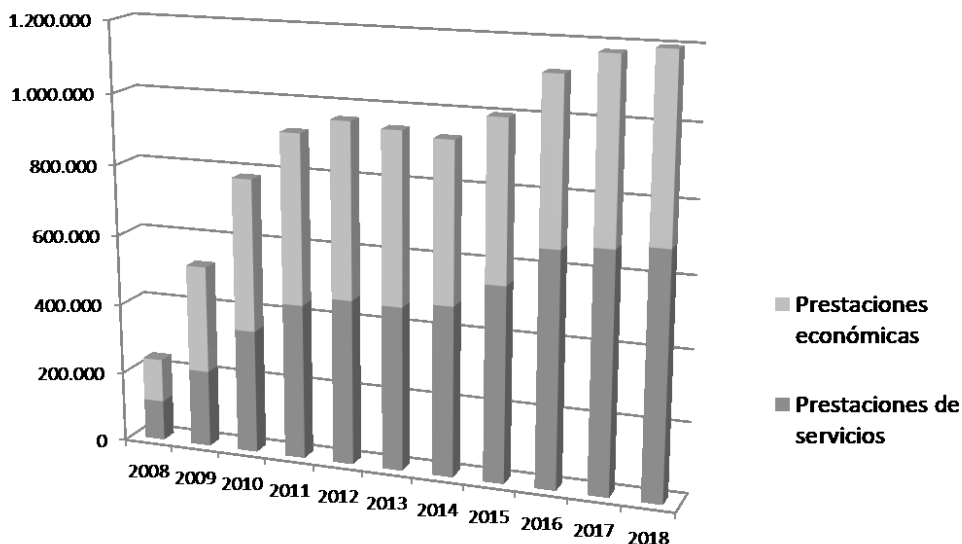
<sup>27</sup> En este sentido MOLERO MARAÑÓN, M<sup>a</sup>. L.: Bases, evolución y retos de la Ley de dependencia a los diez años de su aprobación, Bomarzo, Albacete, 2017.

<sup>28</sup> DURÁN BERNARDINO, M.: «Delimitación de competencias entre el Estado y las comunidades autónomas a propósito de las últimas reformas en materia de dependencia (Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 99/2016, de 25 de mayo, rec. núm. 1743/2013)», *Estudios financieros, Revista de trabajo y Seguridad Social*, n.º. 404, 2016, pgs. 160-166.

cuidado en el entorno familiar a fin de no ser penalizadas en la financiación que el Estado les aporta en concepto de nivel mínimo de protección.

A consecuencia de ello se ha producido un notorio descenso en el reconocimiento de la prestación económica para cuidados en el entorno familiar que se ha visto compensado con un ligero incremento en las prestaciones de servicios. Concretamente, los efectos de la reforma empiezan a apreciarse en el año 2014, cuando por primera vez las prestaciones de servicio superan en número a las económicas (480.116 frente a 449.867). En los datos proporcionados por el Gobierno la diferencia es mayor, ya que de forma forzada incluye en el total de prestaciones por servicio las prestaciones mediante servicios a través de la prestación económica vinculada al servicio y la prestación económica de asistencia personal<sup>29</sup>.

Gráfico 1  
Número de prestaciones económicas y de servicios concedidas (2008-2018)



Fuente: Elaboración propia a partir de los datos oficiales de gestión del SAAD.

## 2. DISMINUYE EL NÚMERO DE PERSONAS DEPENDIENTES ATENDIDAS POR EL SISTEMA

El reconocimiento de un mayor número de prestaciones de servicios implica la disminución de personas dependientes atendidas por el sistema a consecuencia del elevado coste que supone este tipo de atención.

Y es que si atendemos a la relación entre el coste de la prestación y el número de personas dependientes atendidas, más de la mitad del gasto (público + copago) se dedica a atender al 17 % de personas con dispositivos residenciales, mientras que la prestación económica por cuidados familiares permite cubrir al 43,5 % de los usuarios con un consumo del 22,6 %<sup>30</sup>. La ayuda a domicilio alcanza a un número de usuarios similar al de los usuarios de residencia (17,8 %) pero el

<sup>29</sup> A raíz del Acuerdo del Consejo Territorial del SAAD para evaluación y mejora de dicho sistema, de 10 de julio de 2012, el RD 1051 limita a una sola la prestación económica, concretamente, a la prestación económica para cuidados en el entorno familiar y apoyo a cuidadores, pasando a considerar la prestación económica de asistencia personal y la vinculada al servicio, "servicios a través de prestaciones económicas (art. 2 RD 1051/2013).

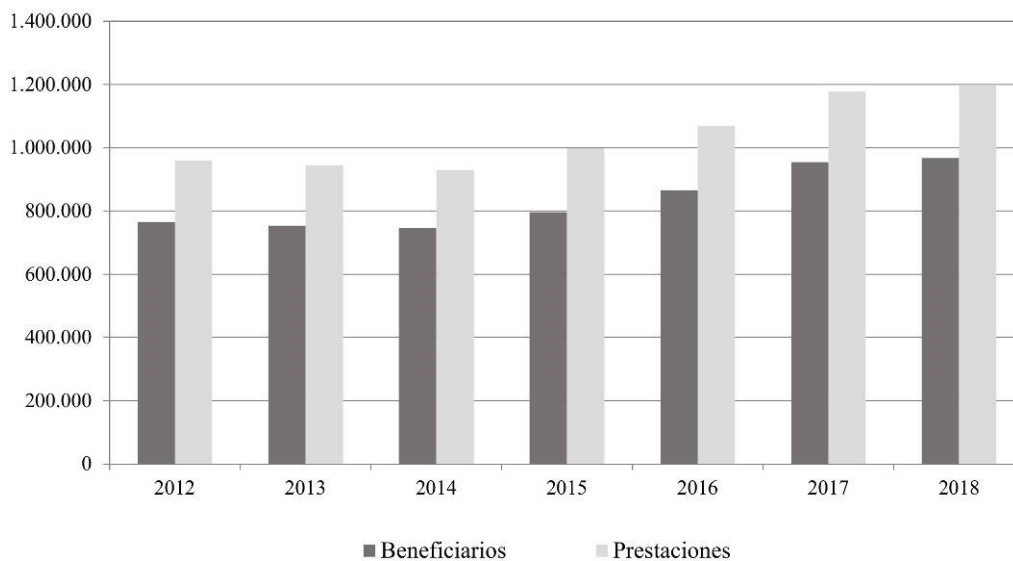
<sup>30</sup> Asociación estatal de directoras y gerentes de en Servicios Sociales. XV Dictamen del Observatorio de las Personas en Situación de dependencia, julio, 2015, pág. 26. Puede consultarse en <http://www.directoressociales.com/documentos/dictamenes-observatorio.html>.

## Protección a la Familia y Seguridad Social. Hacia un nuevo modelo de protección sociolaboral

consumo de recursos significa tan solo un 11 %. Con la prestación económica vinculada al servicio se llega a una relación más moderada entre el coste y el número de atendidos ya que con un 5,5 % del total del gasto del sistema se logra atender al 9,3 % de personas dependientes<sup>31</sup>. El problema de esta vía es que los beneficiarios tienen que realizar un aporte económico importante para complementarla, lo que supone una restricción para aquellas familias que no se pueden enfrentar al abono de los servicios contratados a precios de mercado no siempre regulados y muy dispares por territorios.

Al mismo tiempo, el incremento de las prestaciones de servicios implica una excesiva dilación en la atención recibida ya que el sistema público dispone de pocos recursos y parece que nunca llega la inversión financiera que el sistema necesita.

Gráfico 2  
Número de beneficiarios (2012-2018)



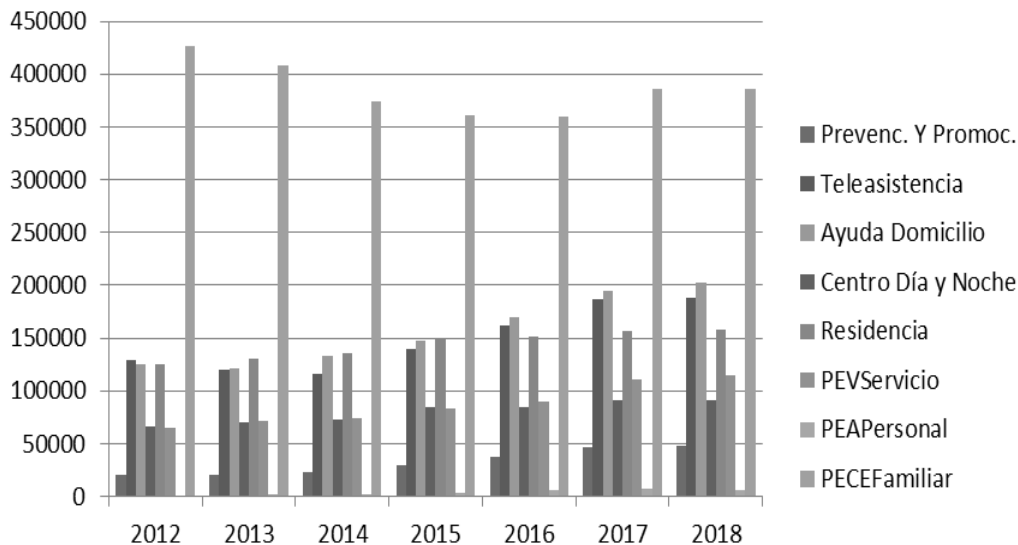
**Fuente:** Elaboración propia a partir de los datos oficiales de gestión del SAAD.

Como se observa en el gráfico, las medidas adoptadas tienen una incidencia directa en el número de beneficiarios del sistema y en el total de prestaciones reconocidas que disminuyen durante los dos años consecutivos siguientes a la reforma (2013-2014), evidenciándose así las consecuencias inmediatas del cambio emprendido. A partir del año 2015 esta tendencia cambia, de forma que aumenta tanto el número de beneficiarios como el número de prestaciones concedidas. Aunque podría pensarse que la reforma necesitaba unos años de rodeo para poder empezar a apreciarse sus buenos resultados, lo cierto es que estos datos no encuentran su causa en las medidas adoptadas en 2012, sino con el reconocimiento del derecho a atención de las personas con dependencia moderada (Grado I) que, tras sucesivas moratorias se incorporaron al sistema el 1 de julio de 2015, fecha en la que culmina el calendario progresivo de implantación de la ley de dependencia, extendiéndose el derecho a todas las personas dependientes con independencia de cuál sea su Grado.

<sup>31</sup> VV.AA.: El examen sobre el territorio y aplicación de la escala, XVI Dictámen del Observatorio de dependencia, febrero 2016.

### 3. DISMINUYE EL RECONOCIMIENTO DE LA PRESTACIÓN ECONÓMICA PARA CUIDADOS EN EL ENTORNO FAMILIAR

En la siguiente gráfica se representa la fluctuación de todas las prestaciones que conforman el sistema de dependencia, reconocidas desde el año 2008 hasta 2018, así como su distribución y representatividad.



Su análisis permite extraer los siguientes datos y conclusiones:

a. En junio de 2012, mes anterior a la aprobación de las reformas citadas, el número de prestaciones económicas para cuidados en el entorno familiar era de 427.747. Tras más de cuatro años, en diciembre de 2016, el reconocimiento de esta prestación se había reducido a 361.209 (66.538 prestaciones menos). Sin embargo, durante los años 2017-2018, sorprende que pese a todo, la prestación económica para cuidados familiares vuelve a resurgir, incrementando su cifra, representando a fecha de 31 de marzo de 2018 el 32,29 % frente al 45,16 % anterior a la reforma.

b. Esta reducción en la prestación económica para cuidado familiar ha venido acompañada de un destacado incremento en las prestaciones de servicios que representan actualmente casi el 60 % del total de prestaciones reconocidas<sup>32</sup>, cumpliéndose así con uno de los objetivos principales de la reforma.

c. De todas las prestaciones que figuran en el catálogo del SAAD, la única que se reduce es la prestación económica para cuidados en el entorno familiar. Todos los servicios profesionales han aumentado (de 1 a 3 puntos porcentuales) de forma progresiva a lo largo de los años. Aun así, y pese a todo, sigue representando el mayor porcentaje respecto al total de prestaciones concedidas (32,29 %).

### V. NUEVAS REGLAS DE INCOMPATIBILIDAD PRESTACIONAL

Con la reforma se endurecen las reglas de compatibilidad entre prestaciones al mismo tiempo que se reduce la acción protectora del Sistema de dependencia.

La Ley de dependencia atribuye al Consejo Territorial en su artículo 10.3, la función de determinar la compatibilidad o incompatibilidad entre las distintas prestaciones del SAAD, para su posterior aprobación por el Gobierno mediante Real Decreto.

<sup>32</sup> Nota: incluyendo en este dato la prestación económica vinculada al servicio y la prestación económica de asistencia personal.



En cumplimiento de dicho mandato fue aprobado el RD 727/2007, de 8 de junio, sobre criterios para determinar las intensidades de las prestaciones de servicios y la cuantía de las prestaciones económicas, que regulaba en su artículo 11 el Régimen de incompatibilidades entre los servicios del Catálogo. En el mismo, tan solo se contemplaba la incompatibilidad del Servicio de Atención Residencial permanente con el Servicio de Teleasistencia, con el Servicio de Ayuda a Domicilio y con el Servicio de Centro de Noche, para los demás servicios, se remitía a la normativa autonómica, por lo que el mínimo de unidad del Sistema que la Ley de dependencia pretendió establecer quedaba en realidad en unos niveles tan básicos que resultaban prácticamente ineficaces, originando relevantes situaciones de desigualdad<sup>33</sup>.

Algo de precisión añade, en primer lugar, el ya mencionado Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad, al introducir una sección 4ª en el Capítulo II, del título I de la Ley de dependencia denominada «*incompatibilidad de las prestaciones*», integrada por un único precepto, el artículo 25 bis. Y, en segundo lugar, el RD 1051/2013, de 27 de diciembre, que en su Capítulo III regula el «*Régimen de incompatibilidades de las prestaciones*», de forma muy contundente:

- Las prestaciones económicas serán incompatibles entre sí.
- Las prestaciones económicas serán incompatibles con todos los servicios del catálogo, salvo con los servicios de prevención de las situaciones de dependencia, de promoción de la autonomía personal y teleasistencia (art. 25 bis.1 LD y art. 16.1 RD)<sup>34</sup>.
- Los servicios serán incompatibles entre sí, con la excepción del servicio de teleasistencia que será compatible con el servicio de prevención de las situaciones de dependencia, de promoción de la autonomía personal, de ayuda a domicilio y de centro de día y de noche (art. 25 bis.2 LD y art. 16.2 RD).

Como se observa, con la introducción de estas reformas se restringe claramente la compatibilidad respecto a la anterior regulación. No obstante, primero en el nuevo artículo 25 bis LD –introducido por el RD-Ley 20/2012– y, a posteriori en el artículo 16.3 del RD 1051/2013, de 27 de diciembre, se introducen alguna matización que permiten flexibilizar el régimen de incompatibilidades descrito.

El artículo 25 bis LD establece que, con independencia de las incompatibilidades enunciadas, «las administraciones públicas competentes podrán establecer la compatibilidad entre prestaciones para apoyo, cuidados y atención que faciliten la permanencia en el domicilio a la persona en situación de dependencia, de tal forma que la suma de estas prestaciones no sea superior, en su conjunto, a las intensidades máximas reconocidas a su grado de dependencia. A los efectos de la asignación del nivel mínimo (art. 9), estas prestaciones tendrán la consideración de una única prestación».

En la misma línea, pero con mayor claridad y precisión, el artículo 16.3 del RD 1051/2013, de 27 de diciembre, ofrece la posibilidad a las Administraciones públicas competentes de establecer la compatibilidad entre: los servicios de ayuda a domicilio, centro de día y de noche, prestación de cuidados en el entorno familiar y asistencia personal. E incluso va más allá, al permitir que las

<sup>33</sup> Véase, un análisis donde queda reflejado la falta de homogeneidad resultante de la regulación del régimen de compatibilidades de las prestaciones por parte de las Comunidades Autónomas en NAVAS-PAREJO ALONSO, M.: “Las prestaciones económicas del sistema de autonomía y atención a la dependencia. Prestación vinculada al servicio y asistente personal”, en VV.AA., GONZÁLEZ ORTEGA, S. (Dir.), *La aplicación de la Ley de dependencia en España*, CES, Madrid, 2013, pgs. 331-333.

<sup>34</sup> Ello se debe a que, como bien se advierte en GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “La crisis del sistema y las medidas económicas y legales adoptadas para abordarla”, en VV.AA. GONZÁLEZ ORTEGA, S. (Dir.), *La aplicación de la Ley de dependencia en España*, CES, Madrid, 2013, pgs. 19 y 20, la compatibilidad de estas prestaciones resulta irrelevante desde el punto de vista del gasto público puesto que se trata de prestaciones técnicas (información, tratamiento personal, etc.) cuya puesta en práctica dependerá de la disponibilidad financiera de las Comunidades Autónomas.

CCAA puedan establecer un régimen propio de compatibilidades con cargo al nivel adicional de protección (art. 16.4).

Ahora bien, dicha posibilidad se verá fuertemente limitada por lo establecido en el apartado 5 del precitado artículo, pues a los efectos de la asignación del nivel mínimo a cargo exclusivo de la AGE (art. 9 LD), el establecimiento de compatibilidades entre prestaciones tendrá la consideración de una única prestación. Esto hará que las Comunidades Autónomas hagan uso de la compatibilidad permitida, ajustándose mejor a las necesidades de los usuarios, pero sin superar la intensidad máxima correspondiente al grado de dependencia reconocido, al menos hasta que las Comunidades Autónomas dispongan de recursos económicos para poder asumir en exclusiva (nivel adicional de protección) el coste de un incremento en la acción protectora del sistema ya que tras disminuir un 13 % la aportación estatal para la financiación del nivel mínimo de protección, la aportación autonómica llega a un 62 %, debiendo igualarse según la Ley de dependencia en un 50 %<sup>35</sup>.

Haciendo uso de dichas matizaciones, algunas Comunidades Autónomas ya han procedido a flexibilizar las rígidas reglas de incompatibilidad de las prestaciones y servicio del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia introducidas por la referenciadas reformas<sup>36</sup>.

## VI. VALORACIÓN FINAL

Para concluir, tan solo destacar, atendiendo a lo analizado, que las reformas emprendidas redundan en un notable perjuicio para las personas dependientes a las que se les deja en una situación de práctica desprotección, al dificultar el reconocimiento de las ayudas familiares y “promover” el acceso a unas prestaciones con las que actualmente no se puede atender a todas las personas en situación de dependencia.

Y es que la solución no reside en la demonización de las prestaciones económicas por cuidados familiares, aunque pueda parecer una buena noticia el avance de los servicios frente a aquellas.

No se trata de apostar definitivamente por una opción u otra, sino de garantizar, en la medida de lo posible, que las personas dependientes y sus familiares puedan elegir entre el mayor abanico posible de opciones dependiendo de sus circunstancias y de sus necesidades reales. Algo que el Sistema de dependencia está muy lejos de lograr por:

- 1.- La falta de flexibilidad del sistema, reflejado en las reglas de incompatibilidad prestacional.
- 2.- La inadaptación de los servicios a las necesidades reales de las personas.
- 3.- Y la desincentivación de los cuidados familiares pese a que ha sido la prestación sobre la que se ha sustentado el Sistema durante muchos años, a lo que se añade la falta de atención y el poco valor que se le concede a la figura del cuidador familiar y a su protección social.

Atendiendo a este escenario, es necesario emprender cambios que:

- a) Respeten el principio de autonomía de la persona dependiente;

<sup>35</sup> XVI Dictámen del Observatorio, 2016, pgs. 10 y 29.

<sup>36</sup> Por ejemplo Extremadura, Capítulo IV de la Orden de 30 de noviembre de 2012 por la que se establece el catálogo de servicios y prestaciones económicas del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia, la intensidad de los servicios y el régimen de compatibilidades, aplicables en la Comunidad Autónoma de Extremadura (DOE núm. 235, de 5 de diciembre de 2012), donde se establece la compatibilidad entre la prestación económica para cuidado en el entorno familiar con el servicio residencial; entre el servicio de prevención y promoción de la autonomía personal y el resto de prestaciones y servicios a excepción del servicio residencial y centro de día; el servicio de ayuda a domicilio es compatible con el resto de servicios del catálogo excepto el residencial; el servicio de centro de día es compatible con la teleasistencia, ayuda a domicilio y el servicio de prevención y promoción; y se permite igualmente la compatibilidad entre el servicio residencial y el servicio de prevención y promoción de la autonomía personal.

- b) Faciliten la continuidad en el entorno de la persona dependiente, sin menospreciarlo y respetando la voluntad de la persona, su libertad de elección, sus deseos y derechos y la calidad en los servicios prestados.
- c) Protejan a la persona dependiente pero también al cuidador familiar, por la importancia de los servicios que realizan, siendo el referente en el cuidado.
- d) Apuesten por un modelo de acción protectora intermedio, en el que no se le dé prioridad a unas prestaciones sobre otras, sino que consiga alcanzar el justo equilibrio entre las prestaciones económicas y técnicas y entre lo público y lo privado. El amplio catálogo fijado por el legislador de la ley de dependencia debería permitir la concesión de la prestación que mejor se ajuste a la situación de necesidad a proteger, porque la mejor atención es la que mejor se ajusta a la situación a la que atiende. Ante situaciones diversas hay que adoptar diferentes respuestas.

La forma de proceder adoptada en los países más avanzados a nivel europeo, invita a reflexionar sobre la importancia de atender a las personas en situación de dependencia, para lo cual es necesario el compromiso y la implicación de toda la sociedad, apostando por un modelo mixto de cuidados, en el que se combinen las prestaciones económicas y de servicios en función y proporción a la situación de necesidad a proteger, redefiniendo el papel de la mujer, tradicional cuidadora, a quien debe reconocérsele una posición visible en el marco del sistema protector, apoyando la expansión y el desarrollo de los servicios públicos con una fuerte inversión económica.

En definitiva, es necesario apostar por un modelo flexible y cercano a la atención que se precisa y a la realidad del cuidado familiar arraigada en nuestro país.



# CAPÍTULO VII. LA MEJORA DE LA PROTECCIÓN SOCIAL DE MENORES HUÉRFANOS POR VIOLENCIA DE GÉNERO<sup>1</sup>

BELÉN GARCÍA ROMERO

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de Murcia*

## I. PLANTEAMIENTO: LA NECESIDAD DE UNA TUTELA REFORZADA DE LOS MENORES VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO

La necesidad de proporcionar al niño una protección especial ha sido enunciada en diversos textos internacionales como la Declaración de Ginebra de 1924 sobre los Derechos del Niño y en la Declaración de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General el 20 de noviembre de 1959, y reconocida en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles, Políticos (arts. 23 y 24), en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (art. 10) y en la Convención Internacional de los Derechos del Niño y de la Niña, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 20 de marzo de 1989. Esta última establece que todas las medidas respecto del niño deben estar basadas en la consideración de su “interés superior” (art. 3) y que en lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole “hasta el máximo de los recursos de que dispongan” (art. 4).

En el ámbito interno, el artículo 39 de la Constitución dispone en su apartado 1 que los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia y, en el apartado 2, que los poderes públicos aseguran asimismo la protección integral de los hijos, principios que han de servir de guía para la interpretación de las normas.

Por su parte, la LO 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección de la infancia y adolescencia<sup>2</sup>, da nueva redacción al art. 2 de la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor<sup>3</sup>, concretando el concepto de “interés superior del menor”, incorporando tanto la jurisprudencia del Tribunal Supremo, como los criterios de la Observación General nº 14, de 29 de mayo de 2013, del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño. Con ello, se da un contenido triple al concepto: como derecho sustantivo, como principio general de carácter interpretativo y como norma de procedimiento. Dicho precepto establece:

“1. Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado (...)”.

“2. A efectos de la interpretación y aplicación en cada caso del interés superior del menor, se tendrán en cuenta los siguientes criterios generales, sin perjuicio de los establecidos en la

<sup>1</sup> El presente trabajo se enmarca en el Proyecto de I+D+I DER2016-76557-R, sobre “El futuro del sistema español de protección social. Análisis de las reformas en curso y propuestas para garantizar su eficiencia y equidad (V): Salud, Familia y Bienestar”, incluido en el Programa Estatal de Investigación, Desarrollo e Innovación Orientada a los Retos de la Sociedad (2017-2019), financiado por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad”.

\*\* Su autora es miembro del Comité Ejecutivo de la *Spanish Unit of UNESCO Chair in Bioethics* (Haifa) y directora de la línea de investigación “Equality, Gender and Social Security” de dicha Unidad.

<sup>2</sup> BOE núm. 175, de 23 de julio 2015.

<sup>3</sup> BOE núm. 15, de 17 enero 1996.

legislación específica aplicable, así como de aquellos otros que puedan estimarse adecuados atendiendo a las circunstancias concretas del supuesto:

a) La protección del derecho a la vida, supervivencia y desarrollo del menor y la satisfacción de sus necesidades básicas, tanto materiales, físicas y educativas como emocionales y afectivas. (...).”

Pese al reconocimiento internacional e interno de la necesidad de asegurar a los niños la protección y el cuidado que sea necesario para su bienestar y de garantizar en la máxima medida posible su supervivencia y desarrollo, lo cierto es que, en nuestro país, no hay ayudas económicas públicas específicas para los huérfanos víctimas de violencia machista. Dejando a un lado la exigua cobertura que puede obtenerse, en su caso, de las prestaciones económicas familiares de la Seguridad Social<sup>4</sup>, el único beneficio posible es la pensión de orfandad. Sin embargo, los requisitos de acceso propios de esta modalidad de prestación contributiva- señaladamente el requisito de alta o asimilada al alta por parte de la persona causante o, en su defecto, la acreditación de un periodo de cotización de quince años, dificultan, en muchos casos su reconocimiento, dejando a muchas familias- tíos y abuelos- que tienen que asumir la tutelas de tres o cuatro menores más sin ningún tipo de cobertura pública para afrontar los nuevos gastos.

Según el informe sobre los huérfanos por violencia machista realizado por la Fundación Mujeres, desde 2013, 336 personas quedaron huérfanas por este tipo de violencia, de las que 142 tenían la mayoría de edad y 194 eran menores de 18 años. Del grupo de menores, 129 convivían con la madre<sup>5</sup>. En el período 2013-2016, de los 211 asesinatos u homicidios registrados, 152 eran madres, lo que equivale al 72 % del total de mujeres asesinadas.

## 1. AVANCES LEGISLATIVOS EN LA PROTECCIÓN DE MUJERES Y MENORES VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO

Un hito incuestionable en la protección de las mujeres víctimas de violencia machista tuvo lugar con la LO 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (en adelante LOPVG)<sup>6</sup>, al visibilizar un problema largamente silenciado socialmente y asumirse por parte de los poderes públicos su responsabilidad de garantizar la protección de las mujeres que sufren maltrato físico y psíquico y reconocerles un estatuto de derechos laborales y de protección social, con el fin último de asegurarles su independencia económica, partiendo de la premisa de las especiales dificultades que tienen, precisamente por su situación de maltrato, para acceder al mercado de trabajo y para el normal desempeño de una actividad profesional<sup>7</sup>. En este sentido, la LOPVG prevé en el capítulo II, del título II, una serie de derechos laborales de las trabajadoras víctimas de violencia de género que les permiten justificar sus ausencias del puesto de trabajo, alterar las condiciones espacio-temporales de la actividad, solicitar la suspensión con

<sup>4</sup> Entre las prestaciones económicas familiares, la única que tiene carácter periódico es la asignación económica por hijo o menor acogido a cargo. Esta se encuentra regulada en los artículos 352-356 LGSS, pudiendo ser reconocida a favor de los progenitores, adoptantes o acogedores que reúnan los requisitos de residir en territorio español; tener a cargo a hijos o menores de 18 años o con discapacidad (en grado igual o superior al 65 %), y de insuficiencia de rentas. Debe tenerse en cuenta que respecto de los menores de 18 años sin discapacidad, el reconocimiento se supedita a que no se supere el límite de ingresos establecido cada año en la Ley de Presupuestos Generales del Estado. La Ley 6/2018, de 3 de julio (BOE de 4-7-2018), fija el límite de ingresos para la asignación económica por hijo o menor acogido no discapacitado en 11.953,94 euros anuales, que se incrementa en un 15 % por cada hijo o menor acogido a partir del segundo, este incluido. Si el beneficiario forma parte de una familia numerosa, el límite de ingresos asciende a 17.991,42 euros anuales, incrementándose en 2.914,12 euros por cada hijo a partir del cuarto, este incluido. En cuanto a la cuantía de la asignación, tratándose de menores de edad la misma es igual a 291 euros anuales.

<sup>5</sup> Vid “Los huérfanos por violencia de género en 2017 no cobran ni 200 euros de pensión”, Europa Press, 4 mayo de 2018, disponible en <https://www.europapress.es/epsocial/iguadad/noticia-huérmanos-viol...> (fecha consulta 27/06/2018).

<sup>6</sup> BOE núm. 313, de 29 diciembre de 2004.

<sup>7</sup> Al respecto, SELMA PENALVA, A., “Incidencia de la violencia de género sobre las normas laborales”, *AL*, nº 9, 2011, LA LEY 5818/2011 (consultado el 19/07/2018); GARCÍA ROMERO, M.B., “La violencia de género desde la perspectiva del Derecho del trabajo y de la Seguridad Social”, *AS*, nº11, 2012, pp. 117-148.

reserva del puesto de trabajo durante un periodo de seis meses, prorrogable hasta un máximo de dieciocho meses, o la extinción definitiva del contrato de trabajo por decisión de la trabajadora. Además, para no penalizar doblemente a la mujer que se ve obligada a apartarse temporal o definitivamente del mercado de trabajo para hacer efectiva su protección, se establecen dos tipos de medidas. De un lado, la conceptualización de la suspensión o extinción del contrato de trabajo por esta causa como situación legal de desempleo y, de otro, la consideración como efectivamente cotizado del periodo de suspensión del contrato o de excedencia de la mujer víctima de esta violencia, a efectos del reconocimiento de las prestaciones de la Seguridad Social. En relación con este último aspecto, el RD 1335/2005, de 11 de noviembre, por el que se regulan las prestaciones familiares de la Seguridad Social<sup>8</sup> (Disposición Adicional única), define el alcance de la asimilación a periodo de cotización efectiva en las situaciones de violencia de género y declara también que las beneficiarias de las prestaciones de seguridad social que sean víctimas de violencia de género serán consideradas en situación asimilada a la de alta para acceder a tales prestaciones.

En segundo lugar, y con el fin de mejorar los instrumentos de protección jurídica de la infancia y la adolescencia, en 2015 se llevó a cabo una profunda reforma del sistema de protección de menores, contenida en la LO 1/1996, de Protección Jurídica del Menor. La reforma se lleva a cabo a través de dos normas<sup>9</sup>: La LO 8/2015, de 22 de julio, que introduce los cambios necesarios en los ámbitos considerados como materia de Ley orgánica, al afectar a los derechos fundamentales y libertades públicas, y la Ley 26/2015, de 28 de julio, de Protección a la Infancia y a la Adolescencia<sup>10</sup>.

La citada LO 8/2015, de 22 de julio, lleva a cabo una revisión de varios preceptos de la LOPVG (arts. 1.2, 61.1, 65 y 66), reconociendo expresamente como víctimas de violencia de género a los menores. En ella se pone especial énfasis en la obligación de los jueces de pronunciarse sobre las medidas civiles que afectan a los menores que dependen de la mujer sobre la que se ejerce violencia.

Por su parte, la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la Infancia y a la adolescencia modifica una veintena de leyes, entre otras, la LGSS y la Ley de Clases Pasivas del Estado, para impedir el acceso a las prestaciones de muerte y supervivencia a quienes sean condenados por la comisión de un delito doloso de homicidio cuando la víctima sea el sujeto causante de la prestación y para aumentar la pensión de orfandad de los hijos de la persona asesinada, permitiéndoles cobrar el incremento de la pensión de orfandad absoluta.

## 2. LA PROTECCIÓN DE LAS SITUACIONES DE ORFANDAD POR VIOLENCIA DE GÉNERO EN EL ACTUAL SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL

Los importantes avances legislativos mencionados en la lucha contra la violencia de género y en la protección de los menores víctimas de la misma, no han logrado asegurar una cobertura económica en todos los supuestos de orfandad causada por este tipo de violencia, debido a la estricta exigencia de los requisitos establecidos para el reconocimiento de la pensión de orfandad dentro del marco de nuestro sistema de Seguridad Social, lo que ha generado un intenso debate acerca de la necesidad de reformar estas pensiones cuando las personas beneficiarias sean víctimas de violencia de género.

La actual regulación de la pensión de orfandad está contenida en diversos artículos del capítulo XI del RD Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad social (en adelante LGSS). Se trata, fundamentalmente, de los artículos 224, 225, y 229 a 234 LGSS.

<sup>8</sup> BOE núm. 279, de 22 noviembre 2005.

<sup>9</sup> MAGRO SERVET, V., “Medidas incluidas en la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, y Ley 26/2015, de 28 de julio de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia, afectantes a la violencia de género”, *Diario la Ley*, nº 8664, 2015, LA LEY 6045/2015 (consultado el 19/07/2018).

<sup>10</sup> BOE núm. 180, de 29 julio 2015.

Para comprender los problemas de indefensión y las causas de la falta de adecuada cobertura que se plantean en la práctica, es necesario analizar, en primer lugar, los principales elementos del vigente régimen jurídico de la pensión de orfandad, tal y como se encuentra regulada en la LGSS, tanto en lo que se refiere a los requisitos para causar la pensión de orfandad como a la cuantía de la misma.

#### A) Requisitos para causar la pensión contributiva de orfandad y exclusiones que provoca

En general, de acuerdo con el art. 217 LGSS, podrán causar derecho a las prestaciones por muerte y supervivencia las personas incluidas en el Régimen General que cumplan la condición general exigida en el art. 165.1 LGSS de afiliación y alta o situación asimilada a la de alta; los perceptores de los subsidios de incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo, maternidad, paternidad o riesgo durante la lactancia natural, que cumplan el periodo de cotización que, en su caso, esté establecido; y los titulares de pensiones contributivas de jubilación e incapacidad permanente.

Tratándose específicamente de la pensión de orfandad, el art. 224.1 LGSS dispone que “tendrán derecho a la pensión de orfandad, en régimen de igualdad, cada uno de los hijos del causante, cualquiera que sea la naturaleza de su filiación, siempre que al fallecer el causante, sean menores de 21 años o estén incapacitados para el trabajo y que el causante se encontrase en alta o situación asimilada a la de alta, o fuera pensionista en los en los términos del art. 217.1.c)<sup>11</sup>”.

El segundo párrafo del mismo precepto establece que “Será de aplicación, asimismo, a las pensiones de orfandad lo previsto en el segundo párrafo del art. 219.1<sup>12</sup>”

El art. 224.2 LGSS amplía la condición de beneficiarios a los hijos e hijas del causante menores de 25 años, siempre que no efectúen un trabajo lucrativo por cuenta ajena o propia o, cuando realizándolo, los ingresos que obtengan resulten inferiores, en cómputo anual, a la cuantía vigente para el salario mínimo interprofesional, también en cómputo anual.

Por lo que respecta a los requisitos para causar derecho a las pensiones de orfandad, el examen del art. 224.1 LGSS permite afirmar que es necesario que la persona fallecida sea, bien una persona trabajadora por cuenta ajena integrada en el RGSS que se encuentre afiliada y en alta o situación asimilada; bien que sea beneficiaria de alguna de las prestaciones temporales mencionadas en el art. 224.1 b) LGSS o, en fin, pensionista de jubilación o incapacidad permanente en la modalidad contributiva.

Se consideran situaciones asimiladas al alta para estas prestaciones, entre otras, las enumeradas en el art. 2.4 de la Orden de 13 de febrero de 1967: la excedencia forzosa; la situación legal de desempleo, total y subsidiado; la situación de desempleo involuntario una vez agotada la prestación contributiva o asistencial, si se mantiene la inscripción como demandante de empleo<sup>13</sup>; la

<sup>11</sup> El art. 217.1.c) LGSS, al que remite el párrafo 1 del art. 224, apartado 1, *in fine*, incluye expresamente como sujetos causantes a los pensionistas de jubilación e incapacidad permanente contributiva.

<sup>12</sup> El segundo párrafo del art. 219.1 LGSS, permite causar la pensión de viudedad aunque el causante no se encontrase en alta o en situación asimilada a la de alta en la fecha de fallecimiento, siempre que, en tal caso, hubiera completado un periodo mínimo de cotización de quince años.

<sup>13</sup> El TS ha interpretado de forma flexible el requisito de inscripción ininterrumpida de la demanda de empleo en supuestos de desempleo no subsidiado en caso de enfermedades que causan un grave deterioro (por todas STS, Sala IV, de 10 julio 2009, Rec. 4151/2007) o también por ingreso en centro penitenciario (STS Sala IV, de 12 noviembre 1996, Rec. 232/1996), si bien este último criterio fue matizado en STS Sala IV de 14 mayo 2010, Rec. 1627/2009. Asimismo, la STSJ Canarias, Santa Cruz de Tenerife, de 29 de noviembre 2016, considera que concurría la situación asimilada al alta en la fecha de fallecimiento del causante a efectos de la pensión de orfandad, en un supuesto en que el causante se había apartado del mercado laboral debido a su situación de drogodependencia e ingreso en prisión y que, por otro lado, la madre había sido víctima de violencia de género (Sentencia 896/2016, Rec. 356/2016 (ECLI: ES TSJICAN: 2016:3827)). Sobre la consideración de la inscripción como demandante de empleo como situación asimilada a la de alta en supuestos de violencia de género, véase también STSJ Andalucía, Granada, de 13 octubre 2016, Sentencia 2219/2016, Rec. 739/2016 (ES: ES TSJAND:206:13552). Si embargo, la STSJ Cataluña, Barcelona, de 26/09/2017; Sentencia 5546/2017, Rec. 4336/2017 (ECLI: ES STSJCAT: 2017:8358), no admite como causa justificativa de la interrupción de la demanda de empleo a efectos de considerar al causante en situación asimilada al alta en un supuesto

(...)



suscripción de convenio especial; etc. A esta lista habría que añadir los periodos de suspensión del contrato o de excedencia de la mujer trabajadora por violencia de género que, según se ha indicado anteriormente, tienen la consideración de alta a los efectos de las prestaciones de Seguridad Social durante un periodo de seis a dieciocho meses (D.A única RD 1335/2005).

A los efectos de la pensión de orfandad, cuando el sujeto causante está en alta o situación asimilada, no se exige ningún periodo de cotización previo de carencia. Sin embargo, en defecto de alta o asimilada, se requiere un periodo de cotización de quince años.

La aplicación de tales requisitos permite afirmar que al amparo de la legislación vigente podrán causarse pensiones de orfandad por violencia de género cuando se cumplan las siguientes condiciones<sup>14</sup>:

- Cuando la víctima es trabajadora y se encuentra en alta o situación asimilada a la de alta, no exigiéndose ningún periodo de carencia previa.
- Cuando la víctima es trabajadora y tiene suspendido su contrato como consecuencia de violencia de género, dado que dicha situación se considera asimilada a la de alta a los efectos de las prestaciones de Seguridad Social durante un periodo de seis meses, prorrogables hasta un máximo de dieciocho meses.
- Cuando la víctima es trabajadora y no está en alta o en situación asimilada a la de alta en la fecha de fallecimiento, siempre que acredite un periodo mínimo de cotización de quince años.
- Cuando la víctima es beneficiaria de cualesquiera de las prestaciones temporales de la Seguridad Social enumeradas en el art. 217.1.b) LGSS: incapacidad temporal, maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y durante la lactancia natural.
- Cuando la víctima sea pensionista de jubilación o incapacidad permanente en la modalidad contributiva.

Sin embargo, como se pone de relieve en la Exposición de motivos de la Proposición de Ley de mejora de la pensión de orfandad de los hijos e hijas de la violencia de género<sup>15</sup>, uno de los logros de la LOPVG “fue reconocer a las mujeres víctimas de violencia de género un estatuto de derechos laborales a partir de la presunción de sus especiales dificultades de empleabilidad, del impedimento que para el normal desempeño de su actividad profesional suponía la situación padecida”. Tal construcción jurídica basada en la involuntariedad de la mujer víctima de violencia de género en su apartamiento del mercado de trabajo no ha tenido plena traducción en el ámbito de la regulación de las pensiones de Seguridad Social necesarias para hacer factible su protección. Por lo tanto, si la mujer que fallece víctima de la violencia de género no está incluida en ningún sistema de previsión social o, estándolo, no se encuentra en alta o asimilada en la fecha de fallecimiento y no acredita la carencia exigida de quince años, no podrá causar una pensión de orfandad, y sus hijos menores de 21 años (o, en su caso, de hasta 25 años) que han sufrido todo tipo de padecimientos y privación de la protección materno-filial, se encontrarán, además, sin ninguna cobertura económica por parte del sistema público de protección social, salvo, en su caso, de una insuficiente asignación económica por hijo o menor acogido a cargo.

Tal y como ha precisado recientemente el Tribunal Supremo (STS Sala Cuarta, de 27 febrero 2018<sup>16</sup>), en el caso de pensión de orfandad solicitada por los abuelos designados tutores de tres huérfanos absolutos, se tiene derecho a percibir la pensión desde la fecha de fallecimiento de su

---

de enfermedad grave con traslado de residencia al extranjero, por entender que la renovación podía hacerse por vía telemática.

<sup>14</sup> Vid, al respecto, la justificación de la enmienda presentada por el Grupo parlamentario popular a la Proposición de Ley de mejora de la pensión de orfandad de las hijas e hijos de víctimas de violencia de género (BOCG, Núm. 99-4, 7 noviembre 2017, pp. 9-10).

<sup>15</sup> BOCG núm. 99-1, de 17 marzo 2017, p. 3.

<sup>16</sup> Sentencia 222/2018, de 27 febrero 2018, Rec. 3022/2016, (ECLI: ES:TS:2018:815).

progenitor causante. Para el reconocimiento de los efectos retroactivos de la prestación “no es preciso solicitarla en el plazo de tres meses desde la fecha del hecho causante, sino desde que pudo solicitarse la pensión”. En este caso, la solicitud se hizo por los abuelos en el plazo de tres meses siguientes a la aceptación del cargo de tutores. Por ello, los efectos económicos de la pensión de orfandad han de retrotraerse a la fecha del fallecimiento del progenitor.

## B) La cuantía de la prestación e incrementos de la orfandad absoluta

La cuantía de la pensión es igual al 20 por ciento de la base reguladora, la cual se determina en función de si la persona causante era pensionista o estaba en activo y, en este último caso, del carácter común o profesional de la causa de la muerte (art. 9 Orden de 13 de febrero de 1967).

La pensión de orfandad puede verse incrementada con la correspondiente a la de viudedad, en el porcentaje del 52 por ciento, en los supuestos de orfandad “absoluta”, entendiéndose tal la ausencia de padre y madre (bien por fallecimiento simultáneo de ambos, bien por la muerte previa de uno de los progenitores, o bien, por fallecimiento del progenitor sobreviviente siendo beneficiario de la pensión de viudedad), asimilándose a la misma por la vía de la excepcionalidad los casos de ausencia de progenitor conocido y progenitor supérstite maltratador. En cambio, no puede equipararse a efectos del acrecimiento de pensión por orfandad absoluta la situación en la que el progenitor supérstite no fuera receptor de la pensión de viudedad por no haberse casado ni haber constituido pareja de hecho con el causante en los términos establecidos en el art. 221 LGSS, o por haberse divorciado del causante sin pactarse pensión compensatoria<sup>17</sup>.

Concretamente, de acuerdo con la regulación vigente<sup>18</sup>, tal complemento se dará en las condiciones y situaciones siguientes:

- 1º. Cuando a la muerte del causante no exista beneficiario de la pensión de viudedad, la cuantía de la pensión de orfandad que se reconozca al huérfano se incrementará en el importe resultante de aplicar a la base reguladora el 52 por ciento.  
El huérfano de un solo progenitor conocido se equipara a huérfano absoluto.
- 2º. Cuando a la muerte del causante exista algún beneficiario de la pensión de viudedad (supuesto de concurrencia de beneficiarios de la pensión de viudedad), la pensión de orfandad que se reconozca podrá, en su caso, incrementarse con el porcentaje no asignado.
- 3º. Cuando el progenitor sobreviviente fallezca siendo beneficiario de la pensión de viudedad, procederá incrementar el porcentaje de la pensión que tuviera reconocida el huérfano, sumándole el que se hubiere aplicado para determinar la cuantía de la pensión de viudedad extinguida.
- 4º. Cuando el progenitor superviviente hubiera perdido la condición de beneficiario de la pensión de viudedad a tenor de lo establecido en el apartado 1 de la disposición adicional 1 de la LOPVG, el huérfano tendrá derecho a los incrementos previstos para los casos de orfandad absoluta.

La citada D.A. 1ª LOPVG, dispone que “quien fuera condenado, por sentencia firme, por la comisión de un delito doloso de homicidio en cualquiera de sus formas o de lesiones, perderá la condición de beneficiario de la pensión de viudedad que le corresponda dentro del sistema público de pensiones cuando la víctima de dichos delitos sea la causante de la pensión, salvo, en su caso, que medie reconciliación entre ellos. Por su parte, la LGSS no hace referencia al delito de lesiones como causa de impedimento para ser beneficiario de las prestaciones de muerte y supervivencia (arts. 231, 232 y 233). Así, en relación con el incremento analizado, el art. 233 LGSS establece que

<sup>17</sup> Para el examen de la doctrinal actual de la sala de lo Social del Tribunal Supremo del concepto de orfandad “absoluta” y de su evolución, SSTs, Sala Cuarta, Sentencia 29 enero 2014, Rec. 1122/2013 (ECLI:ES:TS:2014:1383) y Rec. 3119/2012 (ECLI: ES:TS:2014:1176) y STS, Sala Cuarta, de 25 febrero 2015, Rec. 929/2014 (ECLI: ES:TS:2015:2116).

<sup>18</sup> Art. 233 LGSS y 38 D. 3158/1996, de 23 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento de las Prestaciones Económicas (Este último Decreto fue modificado por RD 296/2009, de 6 de marzo: BOE núm. 69 de 21-3-2009).

cuando el condenado por sentencia firme por la comisión de un delito doloso de homicidio en cualquiera de sus formas no pudiese adquirir la condición de beneficiario de la pensión de viudedad, o la hubiese perdido, los hijos del mismo que sean titulares de la pensión de orfandad causada por la víctima del delito, tendrán derecho al incremento previsto reglamentariamente para los casos de orfandad absoluta.

Sin embargo, la STSJ de Navarra, Sala de lo Social de 16 febrero 2017<sup>19</sup>, reconoce también el derecho al incremento de la pensión de orfandad con el porcentaje correspondiente a la pensión de viudedad del padre, condenado por delito de maltrato no habitual contra su madre fallecida, entendiendo que la interpretación de la norma “ha de ser flexible porque la razón final es la de posibilitar una asistencia mínima a quienes indirectamente sufren violencia de género”.

De acuerdo con el art. 233.2 LGSS, los efectos económicos del citado incremento se retrotraerán a la fecha de efectos del reconocimiento inicial de la pensión de orfandad, cuando no se hubiera reconocido previamente la pensión de viudedad a quien resulte condenado por sentencia firme. En otro caso, dichos efectos económicos se iniciarán a partir de la fecha en que hubiera cesado el pago de la pensión de viudedad, o en su caso, a partir de la fecha en que se hubiere acordado la suspensión cautelar.

En todo caso, el abono del incremento de la pensión de orfandad por los períodos en que el condenado hubiera percibido la pensión de viudedad solo podrá llevarse a cabo una vez que este haga efectivo su reintegro, sin que la Entidad Gestora, de no producirse el reintegro, sea responsable subsidiaria ni solidaria del abono al pensionista de orfandad o en favor de familiares del incremento señalado, ni venga obligada a su anticipo (art. 232.2 párrafo 2º).

De las cantidades que correspondan en concepto de incremento de la pensión de orfandad se descontará, en su caso, el importe que por alimentos hubiera percibido su beneficiario a cargo de la pensión de viudedad suspendida (art. 232.2 párrafo 3º).

En cualquiera de los supuestos anteriores, si existen varios huérfanos con derecho a pensión, el porcentaje de incremento que corresponda se distribuirá a partes iguales entre los beneficiarios de la pensión de orfandad.

La suma del incremento más las pensiones de orfandad reconocidas no podrán superar el 100 por cien de la base reguladora (art. 229 LGSS).

Los incrementos únicamente pueden ser reconocidos con respecto a uno solo de los progenitores, cuando concurren en un mismo beneficiario pensiones causadas por el padre y la madre (art. 38.1.7º D. 3158/1996).

## II. PROPUESTAS ALTERNATIVAS DE MEJORA DE LA PENSIÓN DE ORFANDAD POR VIOLENCIA DE GÉNERO

La toma de conciencia de la responsabilidad social ante la situación de desamparo que se están produciendo en muchos casos en las situaciones de orfandad por violencia de género debido a la actual configuración legal de las pensiones de orfandad y de los requisitos necesarios para su reconocimiento, ha llevado a varios grupos políticos a plantear la necesidad de una reforma de estas pensiones con el fin de mejorar su acción protectora.

Dos opciones alternativas de cambio se barajan como plausibles. De un lado, está la propuesta de mejora de la actual regulación de la pensión contributiva de orfandad, encabezada por el grupo parlamentario Socialista, que presentó una Proposición de Ley a la que se suman matizándola, otros dos grupos (Grupo Parlamentario Confederado de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea y el Grupo Parlamentario Vasco). De otro lado, está la propuesta del grupo parlamentario popular de mantener sin modificar la regulación actual de la pensión de orfandad e introducir una modalidad no contributiva, que asegure la protección a situaciones no cubiertas por la primera.

<sup>19</sup> STSJ Navarra, Sentencia 63/2017 de 16 febrero 2017, Rec. 25/2017 (ECI: ES: TSJNA:2017: 160).

## 1. REFORMAR LA PENSIÓN CONTRIBUTIVA DE ORFANDAD

La Propuesta de Ley, impulsada por el Grupo parlamentario socialista<sup>20</sup>, plantea abordar una reforma de las pensiones de orfandad cuando las personas beneficiarias sean víctimas de violencia de género, con el fin de mejorar su acción protectora, para impedir situaciones de indefensión. Más concretamente, se considera necesario flexibilizar los requisitos de generación de estas prestaciones, incrementar la cuantía de la pensión por orfandad absoluta y precisar la fecha de efectos económicos de las mismas. De otro lado, se propone también la modificación del régimen de compatibilidad de la pensión de orfandad previsto en el art. 225.1 LGSS<sup>21</sup>.

### A) Flexibilización de los requisitos de acceso

La Proposición de Ley de mejora de la pensión de orfandad de las hijas e hijos de víctimas de violencia de género, plantea como primera medida la modificación del art. 224.1, párrafo primero LGSS, para que se recoja expresamente como situación asimilada a la de alta a efectos de causar las pensiones de orfandad la muerte de la madre causante por violencia de género, evitando así que aquella pueda ser denegada por incumplimiento del requisito de carencia previa de quince años.

Según esta propuesta, el art. 224.1, quedaría redactado en los siguientes términos: “Tendrán derecho a la pensión de orfandad, en régimen de igualdad, cada uno de los hijos e hijas del causante, cualquiera que sea la naturaleza legal de su filiación, siempre que, al fallecer el causante sean menores de veintidós años o estén incapacitados para el trabajo y que el causante se encontrase en alta o situación asimilada a la de alta, o fuera pensionista en los términos del art. 217.1.c), o el fallecimiento se hubiera producido por violencia de género”.

Esta propuesta es ampliada por la enmienda presentada por el Grupo Parlamentario Confederado de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea<sup>22</sup> en la que propugna que no se limite el fenómeno al que sufren las mujeres por el hecho de serlo al concepto de “violencia de género”, en virtud de la cual solo los asesinatos cometidos en el marco de una relación de pareja o ex-pareja se verían afectados por la mejora legal, sino que se acoja la terminología menos restrictiva de “homicidio doloso atribuible a cualquier tipo de violencia machista”, para permitir extender la mejora legislativa a todos los tipos de violencia contra las mujeres que recoge el Convenio de Estambul. Acorde con esta visión, para este grupo parlamentario, la redacción del artículo 224.1 párrafo segundo LGSS debería ser en los términos siguientes: “En todo caso, si la causa de la muerte de la madre fuera por homicidio doloso atribuible a cualquier tipo de violencia machista, se entenderá como situación asimilada a la de alta sin obligación de cotizar del sujeto causante”.

### B) Incremento de la cuantía de la pensión

Asimismo, como se señala en la exposición de motivos de la Proposición de Ley del Grupo Parlamentario Socialista, teniendo en cuenta que estas pensiones de orfandad no concurren con la de viudedad por tratarse de un supuesto legalmente asimilado a “orfandad absoluta”, se plantea la modificación del art. 233.1, párrafo primero de la LGSS, para incrementar su cuantía “hasta alcanzar el 70 por ciento de la base reguladora”, dado que estas pensiones constituyen la principal fuente de ingresos de estos huérfanos y estas huérfanas para atender sus necesidades especiales de protección, y “siempre que los rendimientos de la unidad familiar de convivencia, con ellos

<sup>20</sup> Proposición de Ley de mejora de la pensión de orfandad de las hijas e hijos de víctimas de violencia de género (BOCG, núm. 99-1, de 17 marzo 2017, pp. 1-5).

<sup>21</sup> La modificación que se efectúa en el art. 225.1 LGSS tiene por objeto determinar que el hecho de que se tenga la consideración de huérfano absoluto no impide ser persona beneficiaria de la pensión de orfandad que pudiera generarse en otro régimen de la seguridad social como consecuencia de la muerte del padre homicida. A tal fin se da nueva redacción al párrafo segundo del precepto mencionado que pasa a decir: “Será de aplicación a las pensiones de orfandad lo previsto, respecto de las pensiones de viudedad, en el segundo párrafo del art. 233.1, salvo que el fallecimiento se hubiera producido por violencia de género, en cuyo caso será compatible con el reconocimiento de otra pensión de orfandad en cualquiera de los regímenes de Seguridad Social”.

<sup>22</sup> BOCG núm. 99-4, de 7 noviembre 2017, pp. 1-2.

incluidos, dividido por el número de miembros que la componen, no supere en cómputo anual el 75 por ciento del SMI vigente en cada momento, excluida la parte proporcional de las pagas extraordinarias”.

Como se observa, la medida plantea que el incremento de orfandad absoluta no sea el general de viudedad del 52 por ciento, sino el asistencial del 70 por ciento, previsto para supuestos de viudedad con menores ingresos<sup>23</sup> y cargas familiares<sup>24</sup> (art. 31 Orden de 13 de febrero 1967 y art. 7 del Decreto 1647/1972, de 23 de junio), supeditando únicamente dicho reconocimiento al cumplimiento del requisito de cargas familiares (ingresos anuales per cápita inferiores al 75 % del SMI vigente, sin cómputo de las pagas extras) y no al de menores ingresos que se pide para viudedad.

A su vez, se establece que “en el supuesto de que hubiera más de una persona beneficiaria de esta pensión, la cuantía de la pensión podrá situarse en el 118 por ciento de la base reguladora, y nunca será inferior al mínimo equivalente a la pensión de viudedad con cargas familiares”.

Con ello se pretende permitir que la suma de la pensiones de orfandad y el incremento de orfandad absoluta pueda superar el límite 100 por ciento de la base reguladora (art. 229 LGSS), al igual que sucede en caso de orfandad simple, cuando se suman la pensión de viudedad al 70 por ciento y varias pensiones de orfandad, puesto que el porcentaje de la pensión de viudedad que se toma en consideración en todo caso en la aplicación de tal límite es el del 52 por ciento, quedando siempre un 48 por ciento para repartir entre los huérfanos, de manera que el 48 por ciento de orfandad más el 70 por ciento de viudedad hace que la suma de las pensiones alcance el 118 por ciento.

En relación con la cuantía de la pensión de orfandad la enmienda presentada por el Grupo Parlamentario Confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea, plantea algunos aspectos novedosos, que se incorporarían en el art. 224, apartado 4 de la LGSS. De acuerdo con esta enmienda, de forma similar a las pensiones extraordinarias por actos de terrorismo, “las pensiones de orfandad que tengan como causa el fallecimiento de la madre por homicidio doloso atribuible a cualquier tipo de violencia machista, no estarán sujetos en cómputo anual a los límites de reconocimiento inicial y de revalorización de pensiones prevista en esta ley”.

De otro lado, en el párrafo segundo del art. 224.4 LGSS se establece un importe mínimo mensual de las pensiones de orfandad generadas por esta causa que se reconozcan y abonen por la Seguridad Social, que “será equivalente al triple del indicador público de renta de efectos múltiples vigente en cada momento”. Ello supone garantizar un importe mínimo ocho veces superior al de la pensión mínima de orfandad actualmente vigente<sup>25</sup>. Con ello se pretende atender adecuadamente la complejidad de las situaciones de precariedad y paro que afronta la población

<sup>23</sup> Se entiende que concurre este requisito cuando la pensión constituya su principal o única fuente de ingresos (esto es, cuando el importe anual de la pensión sea superior al 50 % de los ingresos de la persona pensionista) y cuando los ingresos anuales del pensionista por todos los conceptos no superen la cuantía que resulte de sumar al límite- que anualmente se establezca- para el reconocimiento de mínimos de las pensiones, el importe anual, que en cada ejercicio corresponda a la pensión mínima de viudedad. A partir del 01-01-2018, el límite de ingresos El límite para 2018, está fijado en 17.986,59 Euros/ anuales (7.3547,99 + 10.638,60).

<sup>24</sup> El concepto de cargas familiares es el mismo que se utiliza a efectos de los complementos a mínimos de pensiones y también del subsidio por desempleo: “convivencia con hijos menores de 26 años o mayores incapacitados (discapacidad igual o superior al 33 %), o menores acogidos, cuando los rendimientos de la unidad familiar, incluido el propio pensionista, divididos entre el número de miembros que la componen, no superen, en cómputo anual, el 75 % del salario mínimo interprofesional vigente en cada momento, excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias. Dado que el SMI en 2018 es igual a 735,90 euros/mes, el 75 % es igual a 551,93 euros mensuales, siendo en consecuencia el límite anual en doce pagas igual a 6.623,1 euros.

<sup>25</sup> En efecto, teniendo en cuenta que la pensión mínima de orfandad, en 2018, es de 200,7 euros mensuales (2.809,80 euros anuales correspondiente a 14 pagas), y el IPREM igual a 537,84 euros/mes, el triple de dicha cantidad sería este año igual a 1.613,52 euros mensuales, esto es, más de 8 veces el importe de la pensión mínima. Tal cantidad seguiría siendo mucho más elevada incluso si aplicamos el incremento de orfandad absoluta, donde la pensión mínima de orfandad (2.809,80 euros/anuales) se incrementa con la pensión mínima de viudedad de 6.966,40 euros anuales, pues en el caso de que solo hubiera un huérfano absoluto la pensión mínima mensual para este ascendería a 698,3 euros/mes.

más joven, así como la necesidad de garantizar este tipo de pensión en el periodo de estudios. Por último, siguiendo con la enmienda “Las diferencias entre las cuantías de la pensiones que hubieran correspondido y las que realmente se abonen serán financiadas con cargo a los Presupuestos Generales del Estado” (art. 224.4 párrafo cuarto LGSS).

### C) Efectos económicos

La Proposición de Ley de mejora de la pensión de orfandad por violencia de género realizada por el Grupo parlamentario socialista modifica el apartado 2 del art. 233 LGSS<sup>26</sup> para establecer que los efectos económicos del incremento de la pensión de orfandad como consecuencia de la condena por sentencia firme por homicidio por violencia de género del beneficiario de la pensión de viudedad, se retrotraen a la fecha de efectos del reconocimiento inicial de la pensión de orfandad, con el fin de “no hacer recaer sobre estos huérfanos la dilación de la Administración de Justicia”<sup>27</sup>. Con ello se pretende cerrar el paso a interpretaciones, como ha sucedido en la práctica judicial, que pudieran fijar la fecha de efectos del incremento en la de la firmeza de la condena<sup>28</sup>.

## 2. CREAR UNA NUEVA PENSIÓN NO CONTRIBUTIVA DE ORFANDAD

El Grupo Parlamentario Popular presentó cinco enmiendas al articulado de la Proposición de Ley de mejora de la pensión de orfandad de las hijas e hijos de violencia de género<sup>29</sup>, en los que básicamente plantean como mejor fórmula a la reforma de la regulación actual, la introducción de una nueva pensión no contributiva de orfandad, de la que serán beneficiarios aquellos huérfanos cuyo progenitor haya fallecido por un delito doloso cometido por el otro progenitor sin causar derecho a la pensión de orfandad en su modalidad contributiva, regulando la misma dentro del capítulo II del Título VI de la LGSS, en el que se añadiría una Sección 3ª, titulada “Orfandad no contributiva”, que sería desarrollada en su régimen jurídico por los artículos 373 a 375.

### A) Beneficiarios

Según se pone de manifiesto en la exposición de motivos, la concreta enmienda pretende mejorar la protección de la orfandad no solo en los casos de “violencia de género” sino también de la “violencia doméstica”, esto es, cualquiera que sea el progenitor que cometa el crimen, por considerar que la situación de los huérfanos merece en todos los casos una misma protección, lo que supone dejar de poner el foco sobre el fenómeno de la violencia que sufren las mujeres por el hecho de serlo.

Ahora bien, una lectura atenta del texto del articulado propuesto permite constatar que lejos de realizarse un ampliación de los beneficiarios, se produce una reducción del ámbito subjetivo, ya que se restringe al supuesto de orfandad de hijos por el fallecimiento de uno de sus progenitores, como consecuencia de un delito doloso de homicidio del que sea declarado responsable el otro progenitor. Ello supone dejar fuera de la cobertura de esta prestación distintos supuestos de orfandad por violencia de género, donde la víctima es madre de los menores que quedan

<sup>26</sup> La nueva redacción del art. 233.2 LGSS se realiza en los siguientes términos: “Los efectos económicos del citado incremento se retrotraerán a la fecha de efectos del reconocimiento inicial de la pensión de orfandad o a favor de familiares”.

<sup>27</sup> Exposición de motivos de la Proposición de Ley de mejora de la pensión de orfandad de los hijos e hijas de víctimas de violencia de género (BOCG, 99-1 de 17-3-2017), página 4.

<sup>28</sup> Así, la Sentencia del Juzgado de lo Social nº 2 de Toledo, Sentencia 309/2017, de 7 julio 2017, Proc. 697/2016 (LA LE 96781/2017) reconoce el derecho al incremento de las prestaciones de orfandad a favor de los tres hijos menores de una mujer asesinada víctima de violencia de género, con efectos jurídicos y económicos en la fecha en que adquirió la firmeza la condena del padre homicida. La finalidad es solventar la especial desprotección de los huérfanos de violencia de género, impidiendo no solo el percibo de una prestación por parte del autor de la muerte, sino también proteger a los menores huérfanos por esta violencia con un incremento de la pensión de orfandad como prestación social equivalente a la que tendría el conjunto de la familia de existir cónyuge supérstite.

<sup>29</sup> BOCG núm. 99-4, de 7 noviembre 2017, pp. 5-15.

huérfanos, pero el fallecimiento ha podido ser causado no solo por su cónyuge, sino también por su pareja o ex-pareja, que no tiene que ser necesariamente el progenitor de los menores huérfanos.

De otro lado, los requisitos para acceder a la pensión se establecen en términos similares a la pensión no contributiva de incapacidad permanente.

Más concretamente, según la propuesta de modificación, los beneficiarios se definen en el nuevo art. 373 LGSS, en los términos siguientes:

“1. Tendrán derecho a la pensión de orfandad no contributiva los hijos, cualquiera que sea la naturaleza de la filiación, que al fallecimiento de uno de sus progenitores reúnan los requisitos del apartado 2, cuando dicho fallecimiento sea consecuencia de un delito doloso de homicidio, en cualquiera de sus formas, por cuya comisión hubiera sido condenado por sentencia firme el otro progenitor. Dicha pensión, no obstante, podrá reconocerse y abonarse provisionalmente desde la fecha en que hubiera recaído resolución judicial de la que deriven indicios racionales de criminalidad claros por la comisión del indicado delito, siempre que así se solicite.

2. Para ser beneficiario de la pensión a que se refiere esta sección será necesario que concurren los siguientes requisitos:

- a) Tener en la fecha de fallecimiento del progenitor una edad inferior a veinticinco años o bien estar incapacitado para el trabajo.
- b) La pensión se extinguirá por el cumplimiento de los veinticinco años, salvo caso de incapacidad para el trabajo. No obstante, cuando el huérfano estuviera cursando estudios y cumpliera los veinticinco años durante el curso escolar, podrá mantener la percepción de la pensión de orfandad, si carece de rentas o ingresos en cuantía superior a los límites establecidos en el art. 363, hasta el día primero del mes inmediatamente posterior al del inicio del siguiente curso académico.
- c) Que el fallecimiento haya tenido lugar en el territorio español y que tanto el huérfano como el progenitor causante de la prestación residieran legalmente en dicho territorio al menos durante cinco años, de los cuales dos deberán ser inmediatamente anteriores al fallecimiento. En el caso de que el huérfano sea a dicha fecha menor de cinco años, deberá haberlo hecho desde su nacimiento. El requisito de residencia que se refiere esta letra condiciona no solo el acceso al derecho a la pensión, sino también su conservación.
- d) Que el progenitor fallecido no reúna los requisitos necesarios para causar una pensión de orfandad contributiva.
- e) Carecer de rentas o ingresos en cuantía superior a los límites establecidos en el art. 363.”

En cuanto a los requisitos, llama particularmente la atención el relativo al periodo de residencia, ya que no se limita a exigir la residencia legal en territorio español en la fecha de la solicitud como sucede para el reconocimiento de la prestación económica no contributiva por hijo o menor a cargo, sino una antigüedad en la residencia de cinco años, dos de los cuales inmediatamente anteriores al fallecimiento, optándose por imponer el requisito más gravoso correspondiente a la pensión de incapacidad permanente no contributiva. La severidad de este requisito puede dejar injustamente sin protección a hijos menores de mujeres extranjeras que residan en España por un tiempo inferior al requerido y sean víctimas de violencia de género, cuando es absurdo pensar que un tiempo de residencia inferior o nulo pueda tener un “efecto llamada” sobre mujeres de otros países que decidan venir a ser asesinadas en nuestro territorio. Además, dicha condición choca frontalmente con el espíritu de la LOPVG y con los principios y derechos reconocidos a mujeres extranjeras víctimas de violencia de género, incluso en situación irregular, en otras normas diversas<sup>30</sup>. Así, por ejemplo, el reconocimiento de la condición de

<sup>30</sup> Arts. 17.1 LO 1/2004, de 28 de diciembre, LOPVG; LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (BOE núm. 10, de 12-01-2000); Reglamento de la LO 4/2000, aprobado (...)

refugiada si han huido de su país de origen por temor fundado a sufrir persecución por motivos de género<sup>31</sup>. En la misma línea, se contempla la posibilidad de obtener autorización temporal de residencia por razones humanitarias, aunque estén en situación irregular, si han sido víctimas de un delito de violencia de género o se haya dictado a su favor una orden judicial de protección<sup>32</sup>.

### B) Cuantía de la pensión

La cuantía de la pensión de orfandad se fija en los mismos términos que el resto de pensiones no contributivas. Más precisamente, el nuevo art. 374 se remite a lo dispuesto para la pensión de invalidez no contributiva en el art. 364 LGSS<sup>33</sup>.

### C) Efectos económicos

Por último, en cuanto a los efectos económicos del reconocimiento del derecho a la pensión de orfandad no contributiva, también se aplican los criterios propios de las demás pensiones no contributivas, pues según el nuevo art. 375 se producirían “a partir del día primero del mes siguiente a aquel en que se presente la solicitud”.

## III. REFLEXIONES FINALES: UNA PROPUESTA DE REFORMA INTEGRADORA

Tal y como se ha planteado en el Pacto de Estado contra la Violencia de Género, es necesaria una intervención en distintos ámbitos para asegurar una atención completa y satisfactoria de los menores víctimas de la violencia de género, empezando por la modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento criminal para dotar a los niños y niñas de derechos específicos y garantizar su protección integral. Es preciso, en segundo lugar, incluir en los Presupuestos Generales del Estado partidas específicas para posibilitar la aplicación de todas las medidas previstas en el citado pacto. En fin, es urgente una reforma de la legislación relativa a la protección social para el reconocimiento automático de pensiones de orfandad a las familias, así como la adopción de otras ayudas y medidas que permitan atender las necesidades de todo tipo que se generan para los afectados por la violencia de género, al igual que se ha hecho, con los hijos e hijas víctimas de terrorismo (atención sanitaria, incluida la prestación de atención psicológica, psicopedagógica y, en su caso, psiquiátrica; ayudas extraordinarias; en el ámbito educativo, con exención de tasas académicas, sistema de becas y de apoyo, etc.)<sup>34</sup> y se hace en el territorio de algunas Comunidades Autónomas<sup>35</sup>. En este sentido, convendría acometer una reforma paralela de

---

por RD 557/2011, de 20 abril (BOE núm. 103, de 30-04-2011); RD 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte del Acuerdo sobre Espacio Económico Europeo (BOE núm. 51, de 28-02-2007). Véase, asimismo, LÓPEZ TERRADA, E., “El abono de la prestación de orfandad de menores españoles a progenitores extranjeros en situación irregular”, *REDT*, núm. 180/2015 parte Jurisprudencia, ARANZADI EXPERTO, BIB 2015\16264, pp. 1-6, (consultado el 26-06-2018).

<sup>31</sup> Ley 12/2009, de 30 octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria (BOE núm. 263, de 31-10-2009).

<sup>32</sup> Arts. 19.2 y 31 bis LO 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social; Artículos 59.2 y 131 a 134 del RD 557/2011, de 20 abril.

<sup>33</sup> La Ley 6/2018, de 3 de julio de Presupuestos Generales del Estado para el 2018, fija la cuantía básica para este año en 380,10 euros íntegros mensuales, con derecho a percibir dos pagas extraordinarias al año (5.321,40 euros anuales).

<sup>34</sup> Vid. Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de Reconocimiento y Protección Integral a Víctimas del Terrorismo (BOE núm. 229, de 23 septiembre 2011), en especial, artículos 4, 14 y Título IV (arts. 31-40). Asimismo, debe tenerse en cuenta el RD 1576/1990, de 7 de diciembre (BOE núm. 294, de 8 de diciembre de 1990), que reconoce prestaciones extraordinarias para víctimas de actos terroristas y sus familiares. Así, tendrán derecho a percibir pensiones extraordinarias de la Seguridad Social por actos de terrorismo las personas incluidas en alguno de los regímenes del sistema de Seguridad Social, que resulten incapacitadas y los familiares de quienes siendo pensionistas o, estando incluidos en alguno de dichos regímenes, fallezcan como consecuencia de actos delictivos realizados por bandas armadas o elementos terroristas de las que no sean responsables.

<sup>35</sup> A título de ejemplo, cabe citar el Decreto 15/2018, de 31 de mayo, por el que se regula la ayuda económica a huérfanos y huérfanas de víctimas de violencia de género en Castilla y León y el acceso gratuito a estudios universitarios (BOCL 4-6-2018; LA LEY 89/2018; fecha de consulta 20-06-2018). En este se contemplan dos tipos de medidas. De un lado,

(...)



las prestaciones económicas familiares para elevar el límite mínimo de rentas que permite el reconocimiento, así como incrementar la cuantía de la asignación económica para los menores de edad hasta niveles que permitan a todos los niños y niñas que residan en nuestro país, huérfanos o no, la cobertura de sus necesidades esenciales, lo que la actual prestación no garantiza en modo alguno.

Centrándonos en la reforma del sistema de protección social para garantizar el reconocimiento de una pensión de orfandad suficiente en todos los casos de fallecimiento de la madre por violencia de género, y tras el análisis de las propuestas políticas realizadas en torno a la Proposición de Ley impulsada por el PSOE, consideramos urgente introducir los cambios legales necesarios para asegurar que todas las familias tengan acceso directo a la pensión de orfandad con independencia de que la madre haya sido trabajadora y haya cotizado o no el tiempo suficiente. Más concretamente, desde nuestro punto de vista:

- 1.- Ambas propuestas de reforma son compatibles entre sí, es decir, cabe mejorar la regulación actual de la pensión contributiva de orfandad y, a la vez, introducir una modalidad no contributiva para supuestos en que no se cumplan los requisitos de acceso a la primera.
- 2.- Respecto de la modalidad contributiva, convendría suprimir la carencia previa en todo caso y, contemplar, además de la violencia de género otros supuestos de orfandad por violencia machista, como causa de las pensiones de orfandad.
- 3.- En lo que se refiere a la cuantía de la pensión contributiva, esta debe ser la suficiente para garantizar la satisfacción de las necesidades básicas y educativas de los menores, por lo que habría que incrementar por lo menos el importe de la pensión mínima de orfandad, para aproximarla, al menos, al equivalente al IPREM.
- 4.- Por lo que atañe al incremento de la orfandad absoluta, quizás convendría aprovechar la reforma para incluir en la prestación de orfandad<sup>36</sup> no solo la situación constitutiva de la orfandad de derecho (por inexistencia de ambos progenitores y otros supuestos asimilados *ex lege*), sino la orfandad absoluta “de hecho”, cuando la persona que carece de medios suficientes equivalentes al importe de la pensión de viudedad (por ejemplo, por no tener derecho a ella), alega y acredita este extremo en aras a que le sea reconocido el incremento de la pensión en el porcentaje correspondiente.
- 5.- Los efectos económicos del incremento de la orfandad absoluta por violencia de género deben ser los de la fecha de reconocimiento inicial de la pensión de orfandad y no los de la fecha de la condena en sentencia firme, pues eso haría recaer sobre los menores la dilación de la Administración.
- 6.- Consideramos plausible la introducción en nuestro sistema protector de una modalidad no contributiva de orfandad, para atender supuestos no cubiertos por la pensión contributiva.
- 7.- El ámbito personal de la modalidad no contributiva no puede quedar reducido al supuesto de fallecimiento de un progenitor a manos del otro, sino que debe ampliarse a cualquier supuesto de orfandad por violencia de género y, en su caso, machista.
- 8.- Por último, debe eliminarse el requisito de antigüedad en la residencia, e incluso, la exigencia de “residencia legal” para permitir causar las pensiones de orfandad a hijos

---

se instituye una ayuda económica temporal hasta alcanzar la mayoría de edad, por importe de 5.000 euros/año por beneficiario, dirigida a la satisfacción de las necesidades básicas y educativas de los menores, y, por otro, se les facilita el acceso gratuito a la formación universitaria una vez alcanzada la mayoría de edad.

<sup>36</sup> Esta solución, de *lege ferenda*, se plantea también como la más completa e integradora por el TS, Sala Cuarta, de 25 de febrero 2015, Rec. 929/2014, citada, p. 7.

e hijas (españoles o extranjeros) de mujeres extranjeras víctimas de violencia de género en nuestro país.

# CAPÍTULO VIII. EL DESPIDO OBJETIVO Y LAS FALTAS DE ASISTENCIA QUE TIENEN SU ORIGEN EN LA MATERNIDAD, LA PATERNIDAD, EL RIESGO DURANTE EL EMBARAZO Y LA LACTANCIA, Y LAS ENFERMEDADES CAUSADAS POR EMBARAZO, PARTO O LACTANCIA

MIGUEL ÁNGEL GÓMEZ SALADO

*Personal Investigador en Formación (FPU). Ministerio de Educación y Formación Profesional  
Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de Málaga*

*«La igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres y la conciliación de la vida personal, familiar y laboral es un tema que cada vez preocupa más a la sociedad».*

Olga Pons Peregort y Marta Tura Solvas.<sup>1</sup>

## I. INTRODUCCIÓN

El art. 52 d) del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores<sup>2</sup> –en adelante ET– dispone que el contrato de trabajo podrá extinguirse por faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, que alcancen el veinte por ciento de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos siempre que el total de faltas de asistencia en los doce meses anteriores alcance el cinco por ciento de las jornadas hábiles, o el veinticinco por ciento en cuatro meses discontinuos dentro de un periodo de doce meses. En síntesis, podemos comprobar que el propio ET castiga las ausencias cortas y reiteradas en el tiempo, por la directa incidencia de estas en la productividad y competitividad de las empresas.

Los párrafos segundo y tercero del citado precepto matizan el alcance de este despido, al disponer que no se computarán, a los efectos del absentismo, las ausencias debidas a huelga legal por el tiempo de duración de la misma, el ejercicio de actividades de representación legal de los trabajadores, accidente de trabajo, maternidad, riesgo durante el embarazo y la lactancia, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia, paternidad, licencias y vacaciones, enfermedad o accidente no laboral cuando la baja haya sido acordada por los servicios sanitarios oficiales y tenga una duración de más de veinte días consecutivos, ni las motivadas por la situación física o psicológica derivada de violencia de género, acreditada por los servicios sociales de atención o servicios de Salud, según proceda. Tampoco se computan las ausencias que obedezcan a un tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave. Ahora bien, al efecto del análisis que nos ocupa, únicamente nos detendremos en los supuestos tienen como finalidad la conciliación de la vida personal y familiar de las personas trabajadoras.

<sup>1</sup> Olga Pons Peregort y Marta Tura Solvas. *Libro del XI Congreso de la Asociación Adingor*, Madrid, Adingor, 2007, pág. 1467

<sup>2</sup> BOE núm. 255, de 24 de octubre de 2015.

De manera resumida, lo que se pretende con este análisis es reflexionar y generar interpretaciones sobre el cuarto grupo de supuestos que no computan a efectos de la aplicación de esta causa de despido objetivo, previsto en el precepto ya mencionado. En primer lugar, se podrá comprobar que el absentismo es un fenómeno complejo e inevitable en el ámbito laboral. Posteriormente, se introducirá la extinción del contrato por causas objetivas, ante las faltas de asistencia del trabajador aun justificadas pero intermitentes. Por último, nos detendremos en las faltas de asistencia motivadas por maternidad, riesgo durante el embarazo y la lactancia, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia, paternidad.

Como se expondrá en los siguientes epígrafes y como no podía ser de otro modo, la intención del legislador, al ampliar notablemente el repertorio de supuestos que no se tienen en cuenta para el cálculo del absentismo laboral<sup>3</sup>, es la de lograr la conciliación de los trabajadores con su vida personal y familiar.

## II. EL ABSENTISMO COMO UN FENÓMENO COMPLEJO E INEVITABLE EN EL ÁMBITO LABORAL

Antes de nada, parece interesante aclarar que en el texto estatutario no existe ningún concepto de absentismo laboral, si bien puede deducirse de esta norma que se define como aquella ausencia de un empleado de su puesto de trabajo, en horas que conciernen a un día laborable, siempre dentro de la jornada legal de trabajo. En relación a lo anterior, puede afirmarse que la negociación colectiva<sup>4</sup>, de forma progresiva y para suplir esta falta de tratamiento integral en el ET, se ha ido ocupando de incluir una sección concreta sobre «productividad y absentismo laboral», manifestando así el deber de todas las partes que intervienen en la relación laboral de contribuir a reducir los elevados índices que representa este fenómeno en cualquier organización.

Por otro lado, se puede decir que el absentismo laboral es, como habrá ocasión de comprobar, un fenómeno complejo e inevitable en el ámbito laboral, que varía por sectores y que presenta diferencias cuando se realizan comparaciones internacionales. Esto es, se trata de un fenómeno de naturaleza cambiante.

No obstante, para acreditar las variaciones que se producen en el ámbito cuantitativo, sería preciso, en primer término, acudir a las cifras objetivas. El problema es que, a día de hoy, no existen estadísticas oficiales que se asomen con detalle al nivel de absentismo en España<sup>5</sup>. Ello no

<sup>3</sup> Es inevitable constatar la notable ampliación que ha sufrido el repertorio de supuestos que no se tienen en cuenta para el cálculo del absentismo laboral a la luz de las modificaciones introducidas por distintas reformas laborales. No obstante, las reformas operadas han olvidado reorganizar los supuestos excluidos en el art. 52 d) y explicitar el sentido y el alcance de los mismos.

<sup>4</sup> Pueden citarse algunos ejemplos para ilustrar mejor esta afirmación: el Convenio Colectivo de ámbito estatal de las Empresas de Mediación de Seguros Privados (BOE núm. 261, de 28 de octubre de 2016) hace referencia al absentismo en su art. 9 bajo el epígrafe «productividad» y lo concibe como uno de los «principales factores que inciden sobre la productividad». Además el Convenio Colectivo estatal de Perfumería y Afines (BOE núm. 16, de 19 de enero de 2016), en su art. 50, acentúa «el grave quebranto que en la economía produce el absentismo cuando se superan determinados niveles» y menciona «la necesidad de reducirlo, dada su negativa incidencia en la productividad». Sin embargo, lo que más puede llamar la atención es que existen algunos convenios que le dedican un art. íntegro denominado «definición de absentismo», este es el caso del Convenio Colectivo estatal para la Fabricación de Helados para el periodo 2007-2008 (BOE núm. 104, de 30 de abril de 2008), que en su art. 34 dispone lo siguiente: «Conscientes las partes del grave problema que supone el absentismo cuando se superan determinados niveles, consideran necesario, como un primer paso para su adecuado análisis y tratamiento, efectuar su definición. Por ello, acuerdan cuantificar el absentismo, entendido como la no presencia del trabajador en el puesto de trabajo». También puede valer como ejemplo el art. 12 del Convenio Colectivo del Sector para la Industria del Metal del Principado de Asturias (BO del Principado de Asturias núm. 272, de 23 de noviembre de 2015); así como el art. 43 del Convenio Colectivo para el Personal Laboral del Consejo de Administración del Patrimonio Nacional (BOE núm. 306, de 23 de diciembre de 2013); o el art. 14 del Convenio Colectivo del Sector Montajes y Empresas Auxiliares del Principado de Asturias (BO del Principado de Asturias núm. 224, de 26 de septiembre de 2016).

<sup>5</sup> En este sentido: ARIZA MONTES, J. Á.: «Absentismo laboral en España: concepto, estadísticas y medidas de afrontamiento», *Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF*, núm. 272, 2005, págs. 203-216; y CARRERAS ROIG, L.: (...)

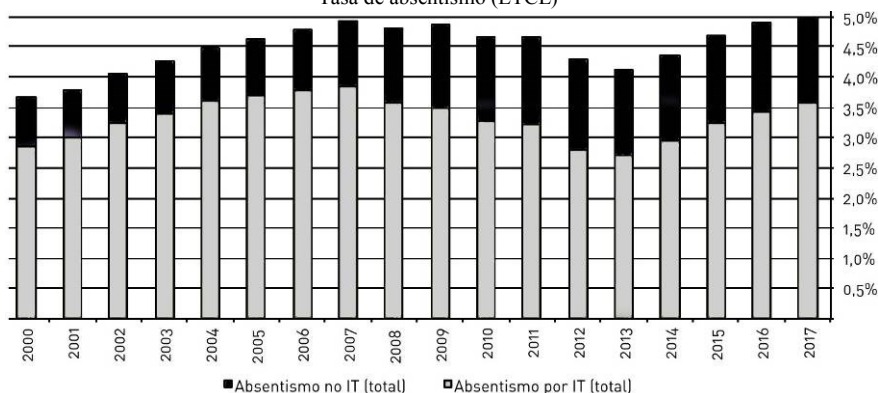
impide, sin embargo, que se pueden realizar estimaciones a partir de diversos informes así como de los datos proporcionados por el Instituto Nacional de Estadística (INE).

Así pues, debemos indicar que la tasa de absentismo (véase el gráfico inferior) presenta claramente una evolución muy diferenciada en los siguientes períodos:

- 2000-2007: aumenta de 3'7 % a 4'95 %.
- 2008-2011: se estabiliza en torno al 4'7 %.
- 2012-2013: marcado descenso hasta 4'1 %.
- 2014-2017: repunta hasta el 5'00 %.

A este respecto, cabría señalar que el año 2013, con una tasa del 4'1 %, marcó el final de un periodo de seis años (período 2008-2013) de reducción del absentismo. Desde el año 2014 hasta el año 2017 se ha ido incrementando la tasa de absentismo hasta alcanzar el 5 %, lo que la sitúa en nuevo máximo histórico, 0'05 puntos por encima del máximo de 2007, que fue 4'95 %.

Gráfica nº 1  
Tasa de absentismo (ETCL)<sup>6</sup>



Si nos situamos ante una panorámica comparativa, los diferentes análisis realizados sobre esta materia, y a falta de datos oficiales o más fiables (y recientes) que reflejen el impacto del absentismo a escala internacional, las conclusiones y cifras resultantes, son indicativas de una situación en la que, particularmente, España, al igual que Suiza, se sitúa a nivel internacional como uno de los primeros países con mayores niveles de bajas laborales<sup>7</sup>, aunque se refleje una tendencia cambiante en el tiempo a la que antes hemos aludido.

Con respecto al carácter «cambiante» y al leve descenso en España desde el año 2008, cabe señalar que, si bien es cierto que las últimas reformas han contribuido a minorar la incidencia del absentismo laboral, también es evidente que estas reformas no han sido la única causa del descenso, ya que han influido otras múltiples causas derivadas de la crisis, como el miedo de los trabajadores (fundamentalmente de los más vulnerables: trabajadores enfermos, trabajadoras víctimas de violencia de género, personas discapacitadas...) a la pérdida del empleo, o la necesidad de arrimar el hombro en épocas de crisis.

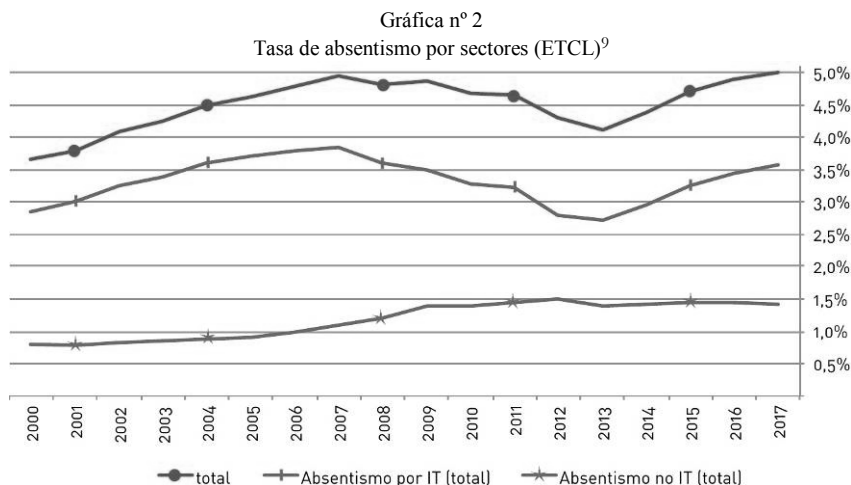
Si nos centramos en los sectores que componen nuestra economía, podemos observar que en el año 2017 la mayor tasa de absentismo se da en el sector servicios (5,1 %) y en el sector de la

<sup>6</sup> «Impacto económico del absentismo laboral», en AA.VV., *La gestión del absentismo laboral: impacto económico, aspectos sociales y psicológicos y régimen jurídico-laboral*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pág. 27.

<sup>6</sup> Esta tabla se ha extraído del «VII Informe ADECCO sobre absentismo laboral», presentado en junio de 2018 y disponible en <https://adecco.es/nuestros-informes/> (consultado el 6 de julio de 2018). Los datos empleados proceden de la Encuesta Trimestral de Coste Laboral (ETCL), Instituto Nacional de Estadística.

<sup>7</sup> Véase el «VI Informe ADECCO sobre absentismo laboral», presentado en junio de 2017 y disponible en <https://adecco.es/nuestros-informes/> (consultado el 6 de julio de 2018).

industria (5,1 %), seguidos por el sector de la construcción (un 3,4 %). Es relevante hacer notar que en el período analizado (2000-2017) destaca el sector construcción por una tasa de absentismo muy inferior al resto, así como por una menor subida en 2014 y 2015, y una leve reducción en 2016 frente a la subida en los otros dos sectores. No obstante, en el año 2017 aumenta más que en los otros dos sectores, muy probablemente impulsada por la recuperación de la actividad en el sector construcción<sup>8</sup>.



Hay una percepción generalizada de que el absentismo es muy preocupante y de que tiene un impacto muy negativo en la productividad. Son numerosos estudios (en su mayoría de empresas y organizaciones privadas) los que sostienen que cuando sus cifras exceden los límites de un fenómeno residual, se convierte en un serio problema para la productividad, y por ende en uno de los obstáculos a superar a la hora de plantearnos mejorar la competitividad de nuestro mercado de trabajo.

Sin embargo, hay quien cuestiona tal percepción y defiende que bajar los niveles de absentismo no nos asegura una mejora en la productividad, pero una gestión por objetivos, una empresa o administración bien organizada y una buena motivación sí que contribuirían a mejorarla<sup>10</sup>. Desde esta óptica, no es en la lucha contra el absentismo donde se encuentra la solución a la improductividad. En relación a lo anterior, un informe de la OCDE<sup>11</sup> arroja interesantes datos y concluye que estar más horas en el puesto de trabajo no implica una mejora en la productividad, pues señala que los trabajadores españoles emplean 1.689 horas al año en su puesto de trabajo, más que los ingleses, franceses o alemanes. Y ello no supone, sin embargo, un mejor resultado, sino que, en cambio, cuentan con los rendimientos más bajos.

<sup>8</sup> El mayor incremento relativo entre 2000 y 2007 se produce en sector Servicios (sube un 48 %, de 3'5 % a 5'1 %); sin embargo, el mayor descenso relativo entre 2007 y 2013 se da en sector Industria (baja un 24 %, de 5'5 % a 4'2 %), mientras que en Servicios sólo baja un 19 % (de 5'1 % a 4'2 %).

<sup>9</sup> Esta tabla se ha extraído del «VII Informe ADECCO sobre absentismo laboral», presentado en junio de 2018 y disponible en <https://adecco.es/nuestros-informes/> (consultado el 6 de julio de 2018). Los datos empleados proceden de la Encuesta Trimestral de Coste Laboral (ETCL), Instituto Nacional de Estadística.

<sup>10</sup> MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R. Y JANÉ ROCA, P.: «Que lo urgente no relegue lo importante: absentismo vs. productividad», *Revista catalana de dret públic*, núm. 48, 2014, pág. 137.

<sup>11</sup> Informe «Hours worked» de la OCDE, disponible en <https://data.oecd.org/emp/hours-worked.htm> (consultado el 14 de marzo de 2017).

### III. LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO POR CAUSAS OBJETIVAS, ANTE FALTAS DE ASISTENCIA AL TRABAJO, AUN JUSTIFICADAS PERO INTERMITENTES

#### 1. POR LO QUE SE REFIERE A LA EXTINCIÓN DEL CONTRATO POR CAUSAS OBJETIVAS

El despido como categoría genérica, puede ser concebido siguiendo a algún autor<sup>12</sup>, como «el acto unilateral del empleador que tiene por efecto constitutivo la extinción para el futuro de la relación laboral»<sup>13</sup>. Esta acepción de despido, que acoge el concepto amplio de despido, ha sido seguida por la doctrina mayoritaria –frente al enfoque más restrictivo y minoritario de otro sector doctrinal que considera despido únicamente al disciplinario<sup>14</sup>–.

Esta concepción amplia incluye el despido objetivo, también conocido como despido por causas objetivas o despido por circunstancias objetivas, si bien el propio ET se refiere al mismo denominándolo como extinción<sup>15</sup>.

Bajo el despido por causas objetivas se contempla una forma de extinción concebida para permitir al empresario desprenderse de aquellos trabajadores que no le resultan útiles o eficaces en el trabajo por resultar excesivamente onerosos para la empresa a fin de lograr una mejor y mayor rentabilidad y productividad en la misma. En este caso no existe ningún incumplimiento culpable y voluntario del trabajador<sup>16</sup> y por ello, el régimen que se establece es más riguroso en cuanto a sus requisitos formales, y une a otras obligaciones del empresario, la de una indemnización tasada que no disuade en modo alguno de su utilización.

Puede afirmarse que se trata de un despido sustentado en el principio de causalidad, donde el legislador, diligentemente, no ha delimitado una única causa para poder extinguir la relación laboral, sino que ha concretado múltiples causas, que tienen en común la excesiva onerosidad para la empresa (de ahí la dimensión objetiva de este despido), y entre las cuales se debe alegar la concurrencia de alguna para que el despido pueda consumarse<sup>17</sup>. La justificación de las múltiples causas del despido objetivo descansa en la objetividad, dado que debe partirse de un hecho no previsto ni buscado de forma intencionada por el empresario y que no obedezca a la mera conveniencia del mismo.

<sup>12</sup> Padre y primer defensor del concepto amplio del despido.

<sup>13</sup> Véase: ALONSO OLEA, M.: *El despido (Un estudio de la extinción del contrato de trabajo por voluntad del empresario)*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos (IEP), 1958, pág. 13. En este sentido, véase también, ALONSO OLEA, M. Y CASAS BAAMONDE, M. E.: *Derecho del Trabajo*, 23ª ed. revisada, Madrid, Civitas, 2005, pág. 463.

<sup>14</sup> Si bien tales tesis, cuentan desde luego con el apoyo en la dicción literal del ET que rehúye calificar como despido a aquellas extinciones fundadas en causas no disciplinarias. En este sentido vid. las tesis sostenidas entre otros, por SUÁREZ GONZÁLEZ, F.: *Las nuevas relaciones laborales y la Ley del Estatuto de los Trabajadores*, Madrid, Pirámide, 1980, pág. 156 y por SAGARDOY BENGOCHEA, J. A.: *La terminación del contrato de trabajo*, Madrid, Instituto de Estudios Económicos, 1980, pág. 151.

<sup>15</sup> «Terminología insincera y equívoca», son los calificativos que RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER atribuye a la regulación del despido en la norma legal, RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M.: «Derecho, trabajo y despido», en AA.VV., *Presente y futuro de la regulación del despido*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 1997, pág. 31. Por su parte MARTÍN VALVERDE, A.: «Teoría y práctica del despido económico de alcance limitado», en AA.VV., *Las reformas laborales: análisis y aplicación práctica*, Valladolid, Lex Nova, 1999, pone de relieve la disparidad terminológica de este tipo de despido al que denomina «despido colectivo de alcance limitado», así señala en la pág. 119 la extensa terminología con la que se conoce a este tipo de extinción, «despido colectivo menor», «despido colectivo de alcance limitado», «despido colectivo especial», «todas estas expresiones marcan al mismo tiempo la diferencia y el parentesco próximo de este instituto con el despido colectivo ordinario (o de régimen común) del artículo 51 del ET», por el contrario «la opción doctrinal... que descarta dicha relación de parentesco próximo entre las dos modalidades de despido económico... ha dado lugar lógicamente a otras denominaciones... las expresiones empleadas por este sector de la doctrina son las de despido "individual" o "plural", por causas económicas, u otras parecidas... fórmulas más asépticas o menos comprometidas, como la de "despido objetivo económico", o "extinción objetiva por causas económicas"».

<sup>16</sup> Es decir, el trabajador no ha incumplido sus obligaciones contractuales.

<sup>17</sup> MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ-SANUDO GUTIÉRREZ, F. Y GARCÍA MURCIA, J.: *Derecho del Trabajo*, Madrid, Tecno, 23ª edición, 2014, pág. 805.

Hay que tener en cuenta que el despido objetivo ha de fundamentarse forzosamente, en alguno de los cinco motivos dispuestos de forma taxativa por el legislador, en concreto, en la ineptitud del trabajador, en la falta de adaptación del trabajador a las modificaciones técnicas introducidas en su puesto de trabajo, en causas económicas, técnicas, organizativas o de producción<sup>18</sup>, en faltas de asistencia al trabajo aun justificadas pero intermitentes (absentismo laboral), o, por último, en la insuficiencia de consignación presupuestaria pública para el mantenimiento del contrato de que se trate. Ahora bien, de entre las múltiples causas que han sido enumeradas, se limitará este estudio a analizar la causa que establece que el despido objetivo puede fundarse en el llamado absentismo laboral.

Tabla nº 1  
Causas que permiten el despido objetivo

Despido por <i>ineptitud del trabajador</i> conocida o sobrevenida con posterioridad a su colocación efectiva en la empresa [art. 52 a) del ET].
Despido por la <i>falta de adaptación del trabajador a las modificaciones técnicas operadas en su puesto de trabajo</i> [art. 52 b) del ET], siempre que esas modificaciones sean razonables.
Por <i>causas económicas, técnicas, organizativas o de producción</i> [art. 52 c) del ET]
Por <i>faltas de asistencia al trabajo, aún justificadas, pero intermitentes</i> [art. 52 d) del ET].
Por <i>insuficiencia de consignación presupuestaria para el mantenimiento del contrato</i> [art. 52 e) del ET].

\* Esta tabla es de elaboración propia

La configuración jurídica del despido por causas objetivas es compleja<sup>19</sup>. Por un lado, este supuesto de despido figura entre las causas que permiten extinguir el contrato de trabajo expuestas en el art. 49.1 del ET, con la denominación de «causas objetivas legalmente procedentes». Por otro lado, se encuentra regulado, en sus aspectos sustantivos, en los arts. 52 y 53 del ET<sup>20</sup>. Y, en sus aspectos procesales, en los arts. 43.4 y 120 a 123 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, Reguladora de la Jurisdicción Social<sup>21</sup> –en adelante LRJS–, preceptos estos que aluden a materias tan sustanciales como el plazo de veinte días de ejercicio de la acción desde la fecha de extinción del contrato de trabajo, la calificación del despido y las consecuencias que se derivan de dicha calificación<sup>22</sup>.

<sup>18</sup> Las causas económicas, técnicas, organizativas o de producción también son conocidas como causas empresariales. En ese sentido, FERNÁNDEZ AVILÉS, J. A. Y CABALLERO PÉREZ, M. J.: «Despido por circunstancias objetivas», en AA.VV., *Modalidades de extinción del contrato de trabajo: Análisis de su régimen jurídico*, Granada, Comares, 2013, pág. 259.

<sup>19</sup> MONEREO PÉREZ, J. L., MOLINA NAVARRETE, C., Y MORENO VIDA, M. N.: *Manual de derecho del trabajo*, Granada, Comares, 2016, pág. 617.

<sup>20</sup> La regulación que ofrece el ET, «prevista en su artículo 49.1 letra l) del ET y contenida en sus artículos 52 y 53, se encuentra presidida por la búsqueda de un equilibrio entre dos principios opuestos, el de libertad de empresa, por un lado, y el de la estabilidad en el empleo, por otro. Mientras la lógica neoliberalizadora impulsa a continuas reforma que amplíen el margen de actuación empresarial (“flexibilidad de salida” en la larga marcha hacia la liberalización de los despidos), como se pone de relieve en las dos últimas experimentadas por el artículo 52 del ET (1997 y 2001); la lógica protectora de la norma laboral obliga a mantener una serie de vínculos o límites (“garantías”) que aseguren la racionalidad y la seriedad de la extinción propuesta. El balance al día de hoy es favorable a la primera en detrimento de la segunda, de modo que puede decirse sin temor que la evolución del régimen jurídico de esta figura confirma con creces las críticas que en el momento de su nacimiento recibió». Véase, MONEREO PÉREZ, J. L.; MOLINA NAVARRETE, C., Y MORENO VIDA, M. N.: *Manual de derecho del...*, op. cit., pág. 618.

<sup>21</sup> BOE núm. 245, de 11 de octubre de 2011.

<sup>22</sup> Sin ánimo de ser exhaustivo, pero con la finalidad de ahondar un poco más en la configuración jurídica del despido objetivo, véanse las siguientes obras: SEMPERE NAVARRO, A. V.: «Causas del despido objetivo», en AA.VV., *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores: libro homenaje a Tomás Sala Franco*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2016, págs. 1033-1046; ORCARAY REVIRIEGO, J. J.: «Artículo 52. Extinción del contrato por causas objetivas», en AA.VV., *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Valladolid, Lex Nova, 2016, págs. 692-707; ORCARAY REVIRIEGO, J. J.: «Artículo 53. Forma y efectos de la extinción por causas objetivas», en AA.VV., *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Valladolid, Lex Nova, 2016, págs. 708-722; SIRVENT HERNÁNDEZ, N.: «La nueva regulación de los despidos objetivos», en AA.VV., *Reforma laboral 2012: últimas reformas laborales y de seguridad social*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, págs. 197-210; MARTÍNEZ-GIJÓN MACHUCA, M. Á.: «El despido objetivo en la reforma de 2012: una oportunidad perdida», en AA.VV., *Estudios en torno a la reforma laboral de 2012*, Sevilla, Punto Rojo, 2013, págs. 255-266; GONZÁLEZ-POSADA MARTÍNEZ, E.: «El despido objetivo y el despido disciplinario», *Revista general de derecho del trabajo y de la seguridad social*, núm. 34, 2013, págs. 351-375; GORELLI HERNÁNDEZ, J.: «La reducción de los costes de despido en la reforma laboral española de 2010», *Revista latinoamericana de derecho social*, núm. 14, 2012, págs. 79-111; SAN MARTÍN RODRÍGUEZ, J.: «Acerca del despido objetivo», *Revista técnico laboral*, vol. 34, núm. 133, 2012, págs. 374-384; ZUMALACÁRREGUI PITA, L.:

(...)



## 2. POR LO QUE SE REFIERE AL ABSENTISMO LABORAL COMO CAUSA OBJETIVA DE EXTINCIÓN DEL CONTRATO DE TRABAJO

En primer término, conviene aclarar que el despido objetivo por absentismo laboral, también conocido como despido objetivo por faltas de asistencia del trabajador, es una figura clásica de nuestro ordenamiento jurídico-laboral que tiene como núcleo esencial el art. 52 d) del ET y que ha experimentado cambios muy importantes en la extensión de su ámbito a la luz de las distintas reformas laborales, tanto las de finales del siglo pasado, como las relativamente recientes.

Se trata de un instrumento que persigue una doble finalidad. Por una parte, combatir el absentismo laboral, y, por otra parte, proteger al empresario frente a la excesiva onerosidad que le provocan las faltas de asistencia aun justificadas pero intermitentes del trabajador, las cuales son de muy difícil control y limitan o impiden el normal funcionamiento de la empresa<sup>23</sup> al provocar desorganización productiva, falta de continuidad en la prestación del trabajador, problemas graves para sustituir al trabajador, sobrecarga de trabajo para los demás trabajadores, etcétera<sup>24</sup>. Como veremos detenidamente más adelante, se entiende por faltas de asistencia justificadas (no de puntualidad), aquellas en que se acredita el motivo de la falta de asistencia y por intermitentes que son de corta duración pero reiteradas en un determinado plazo de tiempo.

Conviene destacar, a su vez, que lo llamativo de este tipo de despido es que el trabajador cuenta con una justificación suficiente, por lo menos desde una perspectiva formal, para dejar de acudir a su puesto de trabajo, con lo cual la reacción empresarial obstativa al mantenimiento de la relación laboral únicamente puede articularse cuando la inasistencia del trabajador sea de una entidad considerable y ocasione, debido a su repetición e intensidad, serios perjuicios y daños al empresario, lo cual tiene lugar cuando las faltas de asistencia del trabajador superan unas determinadas proporciones de jornada hábil de trabajo en un período de tiempo determinado<sup>25</sup>.

Si nos centramos en los porcentajes de faltas de asistencia justificadas del trabajador que deben producirse para poder despedir por esta causa de despido objetivo, puede señalarse que estos porcentajes, según el art. 52 d), habrán de computarse dentro de un período de referencia de 12 meses y deberán alcanzar o superar<sup>26</sup>:

---

«Los requisitos formales para la extinción por causas objetivas derivada de la situación de la empresa», *Iuris: Actualidad y práctica del derecho*, núm. 209, 2014, págs. 28-29; ALAMÁN CALABUIG, M.: «Pinceladas prácticas en torno a los despidos por causas objetivas en la reforma laboral», *Actualidad jurídica Aranzadi*, núm. 806, 2010; GUALDA ALCALÁ, F. J.: *La reforma del despido objetivo y colectivo en la Ley 35/2010: análisis para de la defensa del derecho a la estabilidad en el empleo*, Albacete, Bomarzo, 2011; TRIGUERO MARTÍNEZ, L. Á.: «Extinción por causas objetivas y buenas prácticas sobre la carta de despido: criterio jurisprudencial», en AA.VV., *El derecho del trabajo y la seguridad social en la encrucijada: retos para la disciplina laboral*, Murcia, Laborum, 2016, págs. 341-352; BLANCO MARTÍN, J. M.: «La reforma y procedimiento de los despidos por causas objetivas», en AA.VV., *La reforma del mercado de trabajo de 2010*, Madrid, Reus, 2011, págs. 213-242; MARTÍN RIVERA, L.: *El despido objetivo por necesidades de la empresa*, Madrid, Reus, 2008; RODRIGO SANBARTOLOMÉ, F. A.: «El despido por causas objetivas y la reforma laboral: antecedentes, régimen jurídico de referencia y perspectivas tras la reforma laboral de 2010», *Revista de trabajo y seguridad social CEF*, núm. 344, 2011, págs. 61-94; y SOLER FERRER, F.: «La nueva regulación del despido por causas objetivas», *Iuris: Actualidad y práctica del derecho*, núm. 154, 2010, págs. 50-54.

<sup>23</sup> STSJ de Castilla y León, Valladolid, de 12 de febrero de 2002 (AS 2002\1073).

<sup>24</sup> Sobre esta cuestión, BRIONES GONZÁLEZ, C.: *La extinción del contrato de trabajo por causas objetivas: un estudio del artículo 52 del Estatuto de los Trabajadores*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1995, pág. 307, entiende que en estos casos a la empresa no le interesa mantener el contrato del trabajador, al no extraer de él los provechos que venía percibiendo, al recibir un trabajo intermitente, que provoca desorganización productiva, que obliga a la sustitución continua del trabajador y al que no se le ve fin. En este sentido también, MORENO GENÉ, J.: «La nueva configuración de la extinción del contrato de trabajo por absentismo del trabajador tras la ley 3/2012», en AA.VV., *La gestión del absentismo laboral: impacto económico, aspectos sociales y psicológicos y régimen jurídico-laboral*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, págs. 166-167; y ARIAS DOMÍNGUEZ, A.: *El despido objetivo por causas atinentes al trabajador. Ineptitud, falta de adaptación y absentismo*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2005, pág. 201.

<sup>25</sup> POQUET CATALÁ, R.: «La configuración del absentismo laboral como causa extintiva tras la reforma laboral de 2012», *Revista actualidad laboral*, núm. 11, 2012, pág. 5.

<sup>26</sup> Literalmente, el ET, en la letra d) de su art. 52 dispone que el contrato de trabajo podrá extinguirse «por faltas de asistencia al trabajo, aun justificadas pero intermitentes, que alcancen el veinte por ciento de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos siempre que el total de faltas de asistencia en los doce meses anteriores alcance el cinco por ciento

(...)

- el 20 % de las jornadas hábiles en 2 meses consecutivos siempre que el total de faltas de asistencia en los doce meses anteriores alcance el 5 % de las jornadas hábiles,
- el 25 % en 4 meses discontinuos dentro de un periodo de doce meses.

Por lo que respecta a los días de absentismo que son relevantes a efectos de la aplicación de esta causa de despido objetivo, hay que considerar que, resultando que los meses suelen tener unos 22 días hábiles, el 20 % al que hace referencia el primer inciso de la norma se correspondería con 8,8 días, de lo cual se desprende que, siendo los días completos las únicas jornadas a tener en cuenta, serán suficientes 9 faltas de asistencia intermitentes al trabajo en dos meses consecutivos para que el empresario pueda alegar esta causa de despido objetivo, mientras que en el caso del 25 % en cuatro meses discontinuos, serán suficientes 22 días de faltas de asistencia para justificar la concurrencia de esta causa de despido. No debe olvidarse que en el primer caso, es decir, en el caso en que se proceda a la extinción del contrato de trabajo cuando las faltas de asistencia alcancen el 20 % de las jornadas hábiles en dos meses consecutivos, se exige un requisito adicional consistente en que el número total de faltas de asistencia en los doce meses anteriores alcance también el 5 % las jornadas hábiles, lo que exige, a su vez, un período de observación de un año, a fin de constatar si se cumple el requisito del 5 %.

No pueden computarse en dichos porcentajes determinadas ausencias justificadas. En concreto, no pueden incluirse en el cómputo de los porcentajes señalados, (entre otras) las faltas de asistencia que se deban a la maternidad, la paternidad, el riesgo durante el embarazo y la lactancia, y las enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia –que analizaremos con más detalle en el siguiente epígrafe–.

#### **IV. LAS FALTAS DE ASISTENCIA QUE TIENEN SU ORIGEN EN LA MATERNIDAD, LA PATERNIDAD, EL RIESGO DURANTE EL EMBARAZO Y LA LACTANCIA, Y LAS ENFERMEDADES CAUSADAS POR EMBARAZO, PARTO O LACTANCIA**

##### **1. LAS FALTAS DE ASISTENCIA QUE TIENEN SU ORIGEN EN LA MATERNIDAD, LA PATERNIDAD, EL RIESGO DURANTE EL EMBARAZO Y LA LACTANCIA, Y LAS ENFERMEDADES CAUSADAS POR EMBARAZO, PARTO O LACTANCIA, ENTRE OTRAS QUE NO COMPUTAN A EFECTOS DEL ABSENTISMO LABORAL**

Cuando nos referimos a los supuestos de inasistencia que se encuentran excluidos del cómputo del absentismo laboral, indudablemente aludimos a una larga lista de ausencias que no computan a efectos de aplicar esta causa extintiva.

Es necesario advertirnos, ya inicialmente, que el texto original del ET de 1980<sup>27</sup>, contemplaba ya determinados supuestos que no computan a efectos del absentismo laboral y que, en consecuencia, no se considerarían para calcular las faltas de asistencia del trabajador.

Tras las reformas introducidas por el Real Decreto-Ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral<sup>28</sup> y, más tarde, mediante la Ley 3/2012, de 6 de junio, de igual denominación<sup>29</sup>, el art. 52 d) del ET ha permanecido inmutable, estableciendo que no serán computadas como faltas de asistencia a los efectos de dicho precepto las ausencias –

---

de las jornadas hábiles, o el veinticinco por ciento en cuatro meses discontinuos dentro de un periodo de doce meses».

Como se puede comprobar, la norma ofrece dos opciones según el período de observación sea más o menos extenso.

<sup>27</sup> BOE núm. 64, de 14 marzo 1980.

<sup>28</sup> BOE núm. 36, de 11 de febrero de 2012.

<sup>29</sup> BOE núm. 162, de 7 de julio de 2012.

independientemente de que la negociación colectiva pueda excluir del cómputo otras ausencias<sup>30</sup>— que se enumeran a continuación<sup>31</sup>:

- 1.- Las faltas de asistencia debidas a huelga legal por el tiempo de duración de la misma,
- 2.- las ausencias debidas al ejercicio de actividades de representación legal de los trabajadores,
- 3.- las bajas por enfermedad o accidente de trabajo<sup>32</sup>,
- 4.- las ausencias derivadas de maternidad, riesgo durante el embarazo y la lactancia, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia, paternidad,
- 5.- las debidas a licencias y vacaciones,
- 6.- las ausencias al trabajo motivadas por enfermedad o accidente no laboral cuando la baja haya sido acordada por los servicios sanitarios oficiales y tenga una duración de más de veinte días consecutivos,
- 7.- las ausencias motivadas por la situación física o psicológica derivada de violencia de género, acreditada por los servicios sociales de atención o servicios de Salud, según proceda y
- 8.- las ausencias del trabajador que obedezcan a un tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave.

Es inevitable constatar la notable ampliación que ha sufrido el repertorio de supuestos que no se tienen en cuenta para el cálculo del absentismo laboral a la luz de las modificaciones introducidas por distintas reformas laborales. No obstante, las reformas operadas han olvidado reorganizar los supuestos excluidos en el art. 52 d) y explicitar el sentido y el alcance de los mismos. A continuación se analizarán únicamente los problemas interpretativos que ha generado y que sigue generando el cuarto grupo de ausencias no computables que prevé en la norma, es decir, las ausencias debidas a maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y la lactancia, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia.

## 2. UNA RENOVADA LECTURA DE LOS SUPUESTOS DE CONCILIACIÓN DE LA VIDA PERSONAL Y FAMILIAR DE LOS TRABAJADORES

El cuarto grupo de ausencias excluidas del cómputo del absentismo laboral en virtud del art. 52 d) del ET comprende la maternidad, la paternidad, el riesgo durante el embarazo y la lactancia,

<sup>30</sup> STSJ de Navarra de 19 de abril de 2004 (JUR 2004\152035).

<sup>31</sup> Los supuestos no computables a efectos del absentismo se encuentran previstos en los párrafos segundo y tercero del art. 52 d) del ET. En concreto, se establece en el párrafo segundo del precepto estatutario que «no se computarán como faltas de asistencia, a los efectos del párrafo anterior, las ausencias debidas a huelga legal por el tiempo de duración de la misma, el ejercicio de actividades de representación legal de los trabajadores, accidente de trabajo, maternidad, riesgo durante el embarazo y la lactancia, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia, paternidad, licencias y vacaciones, enfermedad o accidente no laboral cuando la baja haya sido acordada por los servicios sanitarios oficiales y tenga una duración de más de veinte días consecutivos, ni las motivadas por la situación física o psicológica derivada de violencia de género, acreditada por los servicios sociales de atención o servicios de Salud, según proceda». En el párrafo tercero, sin embargo, se dispone que «tampoco se computarán las ausencias que obedezcan a un tratamiento médico de cáncer o enfermedad grave». Este elenco de ausencias no computadas como faltas de asistencia —el cual ocupa un lugar estratégico en el ET— evidencia que no se faculta al empresario a despedir a los trabajadores ante cualquier falta de asistencia de los mismos, sino que exclusivamente se dispone esta posibilidad para aquellos supuestos de absentismo laboral estimados de envergadura por el legislador.

<sup>32</sup> Sobre los accidentes de trabajo, resultan recomendables los siguientes trabajos realizados por la Profesora MACÍAS GARCÍA: MACÍAS GARCÍA, M. C.: «Incapacidad laboral derivada de infarto de miocardio: ¿accidente de trabajo o enfermedad común?», en AA.VV., *Las incapacidades laborales y la Seguridad Social en una sociedad en transformación: I Congreso Internacional y XIV Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, Murcia, Laborum, 2017, págs. 479-483; y MACÍAS GARCÍA, M. C.: «Enfermedades cardiovasculares y accidentes de trabajo. ¿Y la prevención desde la empresa?», comunicación presentada al I Congreso Prevenir «Compartiendo conocimiento e ilusión en torno a la salud, seguridad y bienestar en el trabajo», Madrid, 5 y 6 de octubre de 2017.

y las enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia. En esencia, todos estos supuestos tienen como finalidad la conciliación<sup>33</sup> de la vida personal y familiar de las personas trabajadoras<sup>34</sup>.

Tabla nº 2

Supuestos de conciliación de la vida personal y familiar de los trabajadores	Momento en que el que se introducen en el listado de supuestos que no computan como faltas de asistencia a los efectos de la extinción del contrato por causas objetivas en los casos de absentismo
<i>Maternidad</i>	La Ley 8/1980, de 10 de marzo, por la que se aprobó el ET –versión originaria del ET–, estableció por primera vez (expresamente) la exclusión del cómputo de las faltas de asistencia debidas a maternidad.
<i>Paternidad</i>	El Real Decreto-Ley 10/2010, de 16 de junio, y, más tarde, la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, incluyeron la situación de paternidad entre los supuestos que no computaban como faltas de asistencia a los efectos de la extinción del contrato por causas objetivas en los casos de absentismo.
<i>Riesgo durante el embarazo</i>	De acuerdo con las modificaciones operadas en el art. 52 d) del ET por la Ley 39/1999, tampoco son causa de despido objetivo las faltas de asistencia debidas a riesgo durante el embarazo.
<i>Riesgo durante la lactancia</i>	Las ausencias debidas a riesgo durante la lactancia fueron incorporadas entre las faltas de asistencia no computables a efectos del art. 52 d) del ET como consecuencia de la reforma operada por la Ley 35/2010, de 17 de septiembre.
<i>Enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia</i>	De conformidad con las modificaciones operadas en el art. 52 d) del ET por la Ley 39/1999, tampoco son causa de despido objetivo las faltas de asistencia debidas a enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia.

\* Esta tabla es de elaboración propia

Conviene destacar que la tutela que tradicionalmente se ha tratado de dispensar a la mujer trabajadora tiene expresa mención a través de esta previsión legislativa<sup>35</sup>. Concretando más, podemos observar cómo el extinto Decreto de 26 de enero de 1944 por el que se aprueba el texto refundido del libro I de la Ley de contrato de trabajo<sup>36</sup> se refería de manera expresa a la imposibilidad de acudir al despido en los supuestos de maternidad; particularmente, el art. 79 en su tercer párrafo disponía que no podía darse por terminado el contrato de trabajo «por ausencia de la obrera, fundada en el descanso que, con motivo del alumbramiento, señala la legislación vigente».

Cabe indicar, además, que, aunque en un primer momento solo se mencionaban en el art. 39.1 d) del Real Decreto-Ley 17/1977 como no computables las ausencias por «accidente o enfermedad que produzcan incapacidad continuada de larga duración», la jurisprudencia de la época ya entendía que no debían computar a efectos del cálculo del absentismo las ausencias por maternidad. Algunas sentencias<sup>37</sup> justificaban la exclusión de estas ausencias en el hecho de que se

<sup>33</sup> La primera vez que se emplea el concepto «conciliar» en las normas laborales y de seguridad social es en la LCVFL, trasponiendo la Directiva 96/34/CE, del Consejo, de 3 de junio, relativa al Acuerdo marco sobre permiso parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES, «que desde un enfoque global e integral, supuso el inicio del abandono formal de la distinción sexista presente tradicionalmente en buena parte de las normas protectoras de la maternidad, al atribuir también al padre derechos que hasta entonces se reconocían exclusivamente a la mujer. La mencionada Ley marcó un hito en la articulación de las responsabilidades familiares por parte de los trabajadores, no solo por el enfoque dado desde la perspectiva de género, sino también porque reconoció todos los derechos laborales de conciliación indistintamente a trabajadores y trabajadoras, a excepción, obviamente, de aquellos vinculados directamente al embarazo, parto y puerperio». En este sentido, CHARRO BAENA, P.: «La incidencia de la LOI en la ordenación del tiempo de trabajo: reducciones y permisos», en AA. VV., *Trabajo, género e igualdad. Un estudio jurídico-laboral tras diez años de la aprobación de la LO 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2018, pág. 66.

<sup>34</sup> A estas alturas del siglo XXI a ninguna persona le resulta desconocida la complicada tarea de asumir la conciliación de la vida laboral, familiar y personal. «Hablar de medidas conciliatorias, significa hablar de conciliar, de componer y ajustar dos o más proposiciones, al parecer contrarias, sin renunciar a ninguna de ellas. Las medidas conciliatorias en ningún caso responderían a nuestro fin si se tradujeran en trabas a la continuidad de la carrera profesional del trabajador o trabajadora o a su promoción y desarrollo profesional. Obstáculos que, la experiencia ha puesto claramente de manifiesto, van unidos principalmente a ese rol de género al que le es inherente la función de cuidado y de atención a la familia y que, si bien, está empezando a ser asumido por el colectivo masculino, sigue siendo mayoritariamente femenino». JOVER RAMÍREZ, C.: «La difícil supervivencia de la conciliación entre la vida laboral y familiar en tiempos de crisis y reforma», *Revista Aranzadi Social*, núm. 4, 2013, págs. 93-125.

<sup>35</sup> ASQUERINO LAMPARERO, M. J.: «Despido objetivo por morbilidad excesiva del trabajo», *Sentencias de tribunales superiores de justicia, audiencias provinciales y otros tribunales*, núm. 5, 2006, págs. 69-88.

<sup>36</sup> BOE núm. 55, de 24 de febrero de 1944.

<sup>37</sup> Por ejemplo, la STCT de 23 de enero de 1979 (RTCT 1979\299) señala que las bajas por causa de maternidad no pueden computar ni total ni parcialmente a efectos del art. 39 del Real Decreto-Ley 17/1977, pues responden a una

(...)

consideran faltas de asistencia que responden a un proceso de larga duración y de carácter no intermitente. En cambio, otras sentencias<sup>38</sup> justificaban la exclusión de las ausencias debidas a maternidad en el hecho de que se trata de inasistencias debidas al ejercicio prioritario de un derecho de la mujer trabajadora por alumbramiento, recogido en el ordenamiento jurídico<sup>39</sup>.

Afortunadamente, las bajas por maternidad fueron excluidas expresamente del cómputo del absentismo en la redacción del ET de 1980. Desde entonces, las semanas correspondientes a este período de suspensión<sup>40</sup> no se consideran de ningún modo como ausencias computables para justificar un despido objetivo conforme al art. 52 d) del ET.

Tras la aprobación de la LCVFL<sup>41</sup> también quedaron excluidas del cómputo todas aquellas situaciones de «riesgo durante el embarazo<sup>42</sup>» (debemos tener en consideración que en algunos casos problemáticos resulta muy complicado establecer la frontera entre contingencia por riesgo durante el embarazo<sup>43</sup> o lactancia natural y por enfermedad común<sup>44</sup>), que se producen cuando los

sola única situación específica y son «continuadas, y por ello quedan excluidas del cómputo». En la misma línea, la STCT de 26 de septiembre de 1979 (RTCT 1979\5158): «Las faltas de asistencia deben ser “intermitentes” y no responder a un proceso “de larga duración”, circunstancias que son las propias del permiso por parto y puerperio, dado que sólo responden a una causa y son continuadas».

<sup>38</sup> STCT de 23 de mayo de 1979 (RTCT 1979\3400): «El mencionado artículo 39.1 d) no puede referirse a ausencias debidas al ejercicio de un derecho prioritario por parte del trabajador, como ocurre en los descansos otorgados a la mujer en caso de parto por el artículo 25, párrafo 4.º, de la Ley del RD». En la misma dirección, las SSTCT de 17 de mayo de 1979 (RTCT 1979\3206), 3 de marzo de 1980 (RTCT 1980\1287), y 18 de septiembre de 1980 (RTCT 1980\4438).

<sup>39</sup> La justificación que ofrece esta segunda línea jurisprudencial parece más sólida según BRIONES GONZÁLEZ. Véase, BRIONES GONZÁLEZ, C.: *La extinción del contrato de trabajo por causas objetivas...*, op. cit., pág. 293.

<sup>40</sup> El art. 48.4 del ET establece la protección jurídica de la maternidad como causa de suspensión del contrato de trabajo (con carácter general, la maternidad supone una suspensión de un período de dieciséis semanas ininterrumpidas, ampliables en dos semanas en el caso de discapacidad del hijo o del menor adoptado o acogido y en el caso de parto, adopción o acogimiento múltiple a partir del segundo). Fue a partir del texto refundido de la LGSS, aprobada por el Real Decreto Legislativo 1/1994, cuando la protección por maternidad deja de ser considerada como una situación más de incapacidad temporal; esto se puede comprobar en las SSTC de 7 de junio de 1994 (RTC 1994\173), 23 de junio de 1993 (RTC 1993\136), 29 de enero de 2001 (RTC 2001\20), 25 de febrero de 2002 (RTC 2002\41), 30 de enero de 2003 (RTC 2003\17) y en la STS de 23 de marzo de 1995 (RJ 1995\2179), que dispone que «el descanso maternal (...) es una situación que no se identifica con la incapacidad temporal para el trabajo (que pueda afectar igualmente a hombres y mujeres) y que, siendo una carga exclusiva del sexo femenino en beneficio del género humano, es soportada solamente por la mujer, puesto que deriva de una diferencia sexual no trasladable al hombre, el que no puede encontrarse nunca en tal situación».

<sup>41</sup> La LCVFL incorporó como excepciones del cómputo «el riesgo durante el embarazo, y enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia», supuestos que podían considerarse incluidos en la protección que dispensaba el anterior tenor literal de la norma. En este sentido, véase: SEMPERE NAVARRO, A. V.: «La Ley 39/1999, de conciliación de la vida familiar y laboral y el Estatuto de los Trabajadores», *Revista Aranzadi Social*, núm. 5, pág. 306.

<sup>42</sup> MELLA MÉNDEZ, C.: «Situación de riesgo durante el embarazo: aspectos laborales y de seguridad social», *Revista Aranzadi Social*, núm. 5, 1999, págs. 1211-1222: «La primera novedad sirve para aumentar la lista de ausencias que no computan como faltas de asistencia en orden a la imposición de un despido objetivo del artículo 52, d) ET, al introducirse ahora, entre otras, las debidas a la situación de riesgo durante el embarazo o enfermedades causadas por éste, el parto o la lactancia. En cuanto a las primeras –únicas que ahora interesan–, dicha modificación es consecuencia lógica –y, por ello, casi superflua– de la configuración de la situación de riesgo durante el embarazo como protegida, en cuanto actúa como causa legítima de suspensión contractual y, por lo tanto, blinda la relación laboral frente a posibles decisiones empresariales extintivas que pudieran encontrar su causa en las ausencias en cuestión, tal como acredita la calificación (nulidad) prevista para el caso del despido de un trabajador que se halle en tal situación, de la que me ocuparé más adelante. De forma más clara, si hay derecho a la ausencia en el trabajo, no cabe que por ésta se sancione».

<sup>43</sup> Es importante diferenciar dos situaciones diferentes. De un lado, el embarazo de riesgo es una situación clínica del propio embarazo (en ella la mujer presenta algún problema médico que supone un riesgo para la madre y/o para el feto, pero que no está relacionado con el trabajo que pudiera estar desempeñando la mujer). De otro, el riesgo durante el embarazo se produce cuando la trabajadora embarazada está en su medio laboral expuesta a algún agente o situación que puede poner en riesgo su salud, la del futuro niño/a o el propio proceso de gestación.

<sup>44</sup> NAVARRO NIETO, F.: «La problemática jurídica de la prevención de riesgos laborales durante el embarazo y la lactancia natural», *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 5, 2012, págs. 41-71: «Son también relevantes ciertas garantías en materia de extinción del contrato, donde se contemplan estos supuestos de suspensión. Así ocurre en el art. 52.d ET que, efectos de justificación de una extinción contractual por absentismo excluye del cómputo de las faltas de asistencia las ausencias debidas, entre otras causas, a maternidad, riesgo durante el embarazo y la lactancia, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia (tras la reforma del precepto con el RDL 10/2010 ya se incluye

(...)

agentes, condiciones o procedimientos del puesto de trabajo pueden influir negativamente en la salud de la madre gestante y/o la del feto, y que se contemplan en los arts. 186 y 187 de la LGSS<sup>45</sup>, en el art. 26 de la Ley 31/1995<sup>46</sup>, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales<sup>47</sup> –de ahora en adelante LPRL– y en art. 45.1 e) del ET<sup>48</sup>. Con posterioridad a la aprobación de la LCVFL, parte de la doctrina<sup>49</sup> ha reconocido que aun cuando el legislador de 1999 hubiese silenciado las faltas de asistencia por maternidad y riesgo durante el embarazo, en la praxis difícilmente hubieran podido generar el despido por circunstancias objetivas, «toda vez que los períodos de disfrute de maternidad y riesgo durante el embarazo suponen la ausencia al puesto de trabajo durante un lapso temporal continuo, por lo que no sería posible extinguir el contrato toda vez que faltaría el requisito de la intermitencia antes comentado (como tampoco, pese a que no se haya previsto explícitamente, sería factible extinguir el contrato en los supuestos de excedencia -ya sea ésta voluntaria o forzosa-)».

Asimismo, junto con la exclusión del cómputo del absentismo de las faltas de asistencia debidas a maternidad o riesgo durante el embarazo, se introduce otro supuesto no computable de acuerdo con la modificación operada en el art. 52 d) del ET por la LCVFL: tampoco serán tenidas en cuenta para el cálculo de faltas de asistencia a efectos del despido objetivo, aquellas debidas a «enfermedades causadas por embarazo<sup>50</sup>, parto o lactancia» (esta última situación, aplicable también a los hombres dentro de una concepción igualitaria<sup>51</sup>). Son muy frecuentes las faltas de asistencia al trabajo derivadas de las molestias propias del proceso de maternidad biológica, y el legislador ha querido expresamente que no sean consideradas para el despido objetivo. La referencia a estos supuestos no supone que con anterioridad no se excluyeran del cómputo del

---

expresamente el supuesto de ausencias por riesgo durante la lactancia natural). Hay que tener en cuenta que en algunos casos problemáticos resulta difícil establecer la frontera entre contingencia por riesgo durante el embarazo o lactancia natural y por enfermedad común. Y la cuestión que se puede suscitar es que en el art. 52.d del ET las ausencias por enfermedad común computarán a efectos de extinción del contrato por absentismo cuando superen los 20 días consecutivos. La cuestión es aclarada por la misma norma que, como hemos adelantado, excluye del cómputo de absentismo también las ausencias por enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia».

<sup>45</sup> Relativos a la situación protegida y a la prestación económica por riesgo durante el embarazo.

<sup>46</sup> Cuyo apartado tercero dispone que «si dicho cambio de puesto no resultara técnica u objetivamente posible, o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados, podrá declararse el paso de la trabajadora afectada a la situación de suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo, contemplada en el artículo 45.1.d) del Estatuto de los Trabajadores, durante el período necesario para la protección de su seguridad o de su salud y mientras persista la imposibilidad de reincorporarse a su puesto anterior o a otro puesto compatible con su estado».

<sup>47</sup> BOE núm. 269, de 10 de noviembre de 1995.

<sup>48</sup> Art. 45 del ET relativo a las causas y efectos de la suspensión: «El contrato de trabajo podrá suspenderse por las siguientes causas: a) Mutuo acuerdo de las partes; b) Las consignadas válidamente en el contrato; c) Incapacidad temporal de los trabajadores; d) Maternidad, paternidad, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, de conformidad con el Código Civil o las leyes civiles de las Comunidades Autónomas que lo regulen, siempre que su duración no sea inferior a un año, de menores de seis años o de menores de edad que sean mayores de seis años cuando se trate de menores con discapacidad o que por sus circunstancias y experiencias personales o por provenir del extranjero, tengan especiales dificultades de inserción social y familiar debidamente acreditadas por los servicios sociales competentes; e) Riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural de un menor de nueve meses; (...)».

<sup>49</sup> ASQUERINO LAMPARERO, M. J.: «Despido objetivo por morbilidad...», op. cit., págs. 69-88.

<sup>50</sup> Por lo que respecta a la previsión legal de «enfermedades causadas por el embarazo», entiende ASQUERINO LAMPARERO que se encuentran amparadas las faltas de asistencia de la trabajadora como consecuencia de haber incurrido «en un proceso de baja cuyo origen fue el embarazo de la trabajadora, con independencia de cuándo se manifiesten éstas, siempre y cuando se acredite que la causa eficiente de esta enfermedad fue la situación de gestación vivida. Dado que el legislador no ha limitado cuándo debe plasmarse el proceso patológico, entendemos que debemos realizar una interpretación favorable para la trabajadora. Sostener una interpretación contraria, supondría de alguna manera menoscabar o limitar el derecho individual de la mujer (a ser madre) y el legislador -a lo largo de todo el articulado del Estatuto de los Trabajadores- es proclive a tutelar de forma especial los intereses de la trabajadora que está embarazada o ha sido madre. Actualmente, dichas ausencias quedan amparadas por el artículo y, por lo tanto, no se tienen en cuenta para determinar la ausencia de la trabajadora». Véase, ASQUERINO LAMPARERO, M. J.: «Despido objetivo por morbilidad...», op. cit., págs. 69-88.

<sup>51</sup> MONTOYA MELGAR, A.: «El Derecho del trabajo como instrumento de igualdad de mujeres y hombres», en AA. VV., *Las transformaciones del derecho del trabajo en el marco de la Constitución española: estudios en homenaje al profesor Miguel Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer*, Madrid, Wolters Kluwer, 2006, págs. 411-432.

absentismo que establece el art. 52 d) del ET. Bajo la regulación precedente se consideraban ausencias al trabajo «por “enfermedad o accidente no laboral cuando haya sido acordada por los servicios sanitarios oficiales”. Ahora bien, recordemos que estas faltas no entraban en el cálculo a efectos de despido objetivo, cuando su duración es superior a veinte días consecutivos. Es decir, sólo las ausencias por enfermedad común de larga duración no son tenidas en cuenta a efecto del despido objetivo. La modificación aportada por la nueva regulación incide justamente aquí, pues al separarse de la enfermedad común no se aplica la exigencia de que la baja dure esos veinte días consecutivos. No se tomarán a efectos de cálculo del despido objetivo por ausencias incluso justificadas, las faltas originadas por embarazo, parto o lactancia, independientemente de su duración. La regla es enormemente beneficiosa para las trabajadoras, pues generalmente las molestias del embarazo suponen bajas médicas de corta duración»<sup>52</sup>.

No se hace mención, no obstante, al supuesto de excedencia por cuidado de hijos o por cuidado de familiares<sup>53</sup> en la nueva regulación de la extinción del contrato de trabajo por absentismo del trabajador resultante de las distintas modificaciones operadas por la LCVFL. A este respecto, entendemos, pese a que no se mencione de forma expresa en el art. 52 d) del ET, que también deben excluirse del cómputo de ausencias, «en primer lugar, porque es claro que el conjunto de excepciones recogido por el art. 52 d) del ET tenía y tiene carácter meramente ejemplificativo (más adelante analizaremos con más detalle esta cuestión), por lo que hay supuestos externos a este listado que tampoco pueden ser computados. ¿Cuáles? Tal como señalaba Durán López, no deben tenerse en cuenta aquellas ausencias fundamentadas en el ejercicio de derechos legal o convencionalmente reconocidos. Sería absurdo conceder el derecho a la excedencia para a continuación computar dichas ausencias y facilitar la extinción; sería absolutamente contrario a la base misma de la suspensión (recordemos que la excedencia forzosa es un supuesto de suspensión), que reside sobre el principio de estabilidad en el empleo»<sup>54</sup>.

Por otra parte, llama la atención el hecho de que el art. 52 d) no se viera modificado por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres<sup>55</sup>, que estableció el permiso de paternidad y la suspensión del contrato de trabajo por riesgo durante la lactancia<sup>56</sup>

<sup>52</sup> GORELLI HERNÁNDEZ, J.: «La reciente Ley 39/1999, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras», *Relaciones laborales. Revista crítica de teoría y práctica*, núm. 2, 1999, págs. 755-798.

<sup>53</sup> Junto a las excedencias forzosa y voluntaria, el art. 46.3 del ET establece un tercer tipo, con un régimen jurídico diferenciado, diseñado precisamente como instrumento para favorecer la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras. Realmente, se establecen dos tipos de excedencia: la excedencia por cuidado de hijos y la excedencia por cuidado de familiares. La primera de ellas constituye un derecho individual de los trabajadores que pueden suspender su contrato de trabajo para atender al cuidado de cada hijo, tanto lo sea por naturaleza, como por adopción o en supuestos de acogimiento, preadoptivo o permanente, aunque sean provisionales. El empresario está obligado a reconocer la excedencia si se cumplen los requisitos constitutivos del derecho (STS) de Castilla-La Mancha de 15 de febrero de 2011 (AS 2011\1034)]. El segundo tipo de excedencia que se regula en el ya mencionado art. 46.3 del ET es la destinada al cuidado de familiares. Debe tratarse de un familiar hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad que por razones de edad, accidente o enfermedad, no pueda valerse por sí mismo y no desempeñe actividad retribuida. La doctrina de suplicación ha entendido que se incluyen en este concepto de familiar los hijos de tres o más años que, por razón de su edad, no pueden valerse por sí mismos [STS] de Navarra de 23 de febrero de 2006 (AS 2006\988)].

<sup>54</sup> GORELLI HERNÁNDEZ, J.: «La reciente Ley 39/1999, para promover la conciliación de la...», op. cit., págs. 755-798, que, al hilo de lo anterior, establece: «No se hace alusión, sin embargo, en la nueva regulación al supuesto de excedencia por cuidado de hijos o por cuidado de familiares. Sin embargo, estimo evidente que también se excluyen del cómputo de ausencias». En la misma línea, ALZAGA RUIZ, I.: «El absentismo del trabajador como causa de despido objetivo», *Revista española de Derecho del trabajo. Civitas*, núm. 150, 2011, págs. 387-420, que critica el silencio del legislador respecto al supuesto de excedencia por cuidado de hijos o por cuidado de familiares: «Criticable resulta, sin duda, el silencio del legislador respecto a determinadas ausencias como el cierre legal de empresa 148, la fuerza mayor temporal, la privación de libertad del trabajador mientras no exista sentencia condenatoria 149, la suspensión de empleo y sueldo por razones disciplinarias, el mutuo acuerdo por las partes, las causas válidamente consignadas en el contrato de trabajo, las excedencias voluntarias, las excedencias por cuidado de hijos y de otros familiares o la mora accipiendi empresarial».

<sup>55</sup> BOE núm. 71, de 23 de marzo de 2007.

<sup>56</sup> ALZAGA RUIZ, I.: «El absentismo del trabajador como causa de...», op. cit., pág. 412.

(no fueron excluidas en ese momento estas inasistencias del trabajador<sup>57</sup>). El Real Decreto-Ley 10/2010, de 16 de junio<sup>58</sup>, y, más tarde, la Ley 35/2010, de 17 de septiembre<sup>59</sup>, pusieron fin a este olvido, al incluir la situación de paternidad y el riesgo durante la lactancia entre los supuestos que no computaban como faltas de asistencia a los efectos de la extinción del contrato por causas objetivas en los casos de absentismo (con esta modificación del art. 52 d) del ET se pusieron al mismo nivel, desde el punto de vista de las ausencias que no se tienen en cuenta para el cálculo del absentismo, los supuestos de riesgo durante el embarazo y durante la lactancia<sup>60</sup><sup>61</sup>). Desde entonces, no se han incluido en la lista nuevos supuestos de conciliación de la vida personal y familiar de los trabajadores, y el art. 52 d) del ET ha quedado redactado de la siguiente forma: «No se computarán como faltas de asistencia, (...) las ausencias debidas a (...) maternidad, riesgo durante el embarazo y la lactancia, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia, paternidad (...)».

Con respecto a los supuestos de maternidad, riesgo durante el embarazo y la lactancia, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia, y paternidad, hay que señalar que la excepción del cómputo del absentismo comprende todo el tiempo que duran las situaciones que se enumeran en la norma. Ahora bien, ¿qué ocurre con aquella mujer que después de acabar su período de descanso por maternidad pasa a una situación de incapacidad temporal por encontrarse impedida para realizar las funciones que venía desempeñando en la empresa? Tanto en este supuesto como en aquel en el que con antelación al parto y a la circunstancia de maternidad la mujer pase a una situación de incapacidad temporal<sup>62</sup>, parece que la norma («enfermedades causadas por el embarazo, parto o lactancia») excluye del cálculo del absentismo todo el período que dura el «proceso mórbido de la trabajadora»<sup>63</sup>, independientemente de su duración inferior a veinte días.

<sup>57</sup> Ya lo había apuntado el profesor GARCÍA VIÑA en relación al supuesto de paternidad: «Además, cabe decir que no se ha incluido en el segundo párrafo de la letra d) del art. 52 del Estatuto de los Trabajadores a la situación de paternidad como supuesto que no computa como falta de asistencia a los efectos de la extinción del contrato de trabajo por causas objetivas en los casos de absentismo» (véase, GARCÍA VIÑA, J.: «La paternidad como nueva situación protegida por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo», *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. extra 74 (ejemplar dedicado al Seminario «Los ciclos vitales y la Seguridad Social: estado de la cuestión y propuestas de futuro. Aspectos jurídicos, sociológicos, económicos»), 2008, pág. 213). También lo ha indicado más recientemente el profesor Moreno Gené: «En tercer lugar, se excluyen las ausencias del trabajador al trabajo como consecuencia del disfrute del descanso de paternidad de las ausencias computables a efectos de la extinción del contrato por absentismo del trabajador prevista en el art. 52 d) ET. A tal efecto, dicho precepto establece de forma expresa que “no se computarán como faltas de asistencia a los efectos del párrafo anterior, las ausencias debidas a (...) paternidad (...)”. Cabe recordar al respecto que, a diferencia del descanso por maternidad, la situación de paternidad no se incluyó inicialmente entre los supuestos que no computaban como falta de asistencia a los efectos de la extinción del contrato por causas objetivas en los casos de absentismo, sino que fue la Ley 35/2010 la que con posterioridad procedió a incluir esta garantía» (MORENO GENÉ, J.: «La suspensión del contrato de trabajo y la prestación por paternidad de los trabajadores por cuenta ajena diez años después de la aprobación de la ley de igualdad», en AA.VV., *Trabajo, género e igualdad. Un estudio jurídico-laboral tras diez años de la aprobación de la LO 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2018, pág. 182).

<sup>58</sup> En su disposición final tercera.

<sup>59</sup> En su disposición adicional vigésima.

<sup>60</sup> GONZÁLEZ DÍAZ, F. A.: «Despidos objetivos», en AA.VV., *Guía práctica de la reforma laboral de 2010*, Murcia, Laborum, 2010, pág. 197.

<sup>61</sup> Sobre esta cuestión, es interesante señalar que antes de la reforma PEDRAJAS MORENO, A. Y SALA FRANCO, T.: *Ausencias al trabajo y absentismo. Tratamiento jurídico*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, pág. 29, ya ponían de manifiesto la ausencia de los referidos supuestos, si bien, entendían que los mismos debían ser asimilados a otros supuestos suspensivos del contrato. En el mismo sentido, ORTEGA PRIETO, E. Y ORTEGA FIGUEIRAL, E.: *La reforma laboral de 2010. Comentarios prácticos de la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, de medidas urgentes para la reforma del mercado de trabajo*, Madrid, Wolters Kluwer, 2010, pág. 65, han señalado que no era necesario especificar estos supuestos porque, «de hecho, ya se venían excluyendo –por el simple sentido común y racionalidad–, habiéndose pronunciado así, incluso, algunas sentencias –de las poquísimas y contadas dictadas sobre la materia– por alguno de los Tribunales Superiores de Justicia españoles».

<sup>62</sup> Sobre esta cuestión se manifiesta GORELLI HERNÁNDEZ, J.: «La reciente Ley 39/1999, para promover la conciliación de la...», op. cit., págs. 755-798.

<sup>63</sup> ARIAS DOMÍNGUEZ, Á.: *Absentismo laboral*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 2013, pág. 144. En el mismo sentido, se manifiesta POQUET CATALÁ, R.: «La configuración del absentismo laboral como causa...», op. cit., págs. 8-9.



Podría plantearse el problema de determinar qué ocurre con las ausencias derivadas de adopción o acogimiento. Aunque en el párrafo segundo del art. 52 d) del vigente ET únicamente se mencionan las ausencias por «maternidad, riesgo durante el embarazo y la lactancia, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia, paternidad (...)», entendemos que esta expresión hay que hacerla extensible también a los supuestos de adopción y acogimiento cuya similitud con otros que se mencionan de manera expresa en el precepto no admite discusión<sup>64</sup>. Estas circunstancias se encuentran exentas de cualquier sospecha de que el trabajador ha obrado de manera fraudulenta, en la medida en que se trata de circunstancias que se pueden comprobar muy fácilmente<sup>65</sup>.

Asimismo, consideramos que no deben computar como faltas de asistencia, a los efectos del art. 52 d) del ET, las ausencias debidas a tratamientos de reproducción asistida, que son cada vez más habituales en nuestra sociedad (se someten a estos tratamientos aquellas parejas que no pueden tener descendencia y aquellas personas que deciden afrontar la maternidad en solitario<sup>66</sup>).

Por todo lo expuesto, entendemos que, como propuesta de *lege ferenda*, el art. 52 d) del ET podría quedar redactado del siguiente modo: «No se computarán como faltas de asistencia, (...) las ausencias debidas a (...) maternidad, paternidad, adopción, acogimiento, riesgo durante el embarazo y la lactancia, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia, paternidad, tratamientos de reproducción asistida, cuidado de hijos y familiares (...)».

Sobre este particular, también cabe recordar que buena parte de la doctrina<sup>67</sup> científica considera que nos encontramos ante una lista abierta o meramente enunciativa de las faltas de

<sup>64</sup> También entienden que no deben computar las ausencias debidas a adopción y acogimiento, POQUET CATALÁ, R.: «La configuración del absentismo laboral como causa...», op. cit., pág. 9; LUJÁN ALCARAZ, J.: «Absentismo», *Revista Aranzadi Social*, núm. 7. 2008, págs. 11-26; y MORENO GENÉ, J. Y ROMERO BURILLO, A. M.: *El despido del trabajador por motivo de sus ausencias al trabajo*, Barcelona, Atelier, 2013, pág. 39. En la misma línea que los anteriores, afirma GORELLI HERNÁNDEZ, haciendo referencia a otras modificaciones al despido objetivo por faltas de asistencia al trabajo aun justificadas, que no pueden ser computadas las ausencias derivadas de adopción o acogimiento: «La regulación anterior tan sólo señalaba que no se computaban a los efectos del despido objetivo las ausencias debidas a maternidad. Así, no se tomaban en consideración para esta causa de despido objetivo las ausencias debidas al período de descanso por maternidad, causa de suspensión ex art. 48.4 ET. A tenor de la nueva regulación se mantiene esta exclusión a efectos del despido objetivo por faltas de asistencia (no van a ser computados ni los períodos de suspensión por maternidad biológica, adopción o acogimiento regulado según la nueva redacción del art. 48.4 ET); además, tampoco se computa el período de duración de la suspensión por riesgo durante el embarazo recogido por el art. 48.5 ET» (GORELLI HERNÁNDEZ, J.: «La reciente Ley 39/1999, para promover la conciliación de la...», op. cit., págs. 755-798).

<sup>65</sup> MORENO GENÉ, J. Y ROMERO BURILLO, A. M.: *El despido del trabajador por motivo de...*, op. cit., pág. 39, que cita al respecto el trabajo de ROMERO BURILLO, A. M.: «La reformulación de las causas de extinción del contrato de trabajo. La nueva regulación del absentismo laboral», comunicación presentada a las XXII Jornadas Catalanas de Derecho Social, Lleida, 10 y 11 de marzo de 2011.

<sup>66</sup> En el mes de septiembre del año 2017, el Grupo Parlamentario Confederado de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea presentó en el Senado una Proposición de Ley de modificación de determinados preceptos —entre ellos, el art. 52 d)— del ET para la protección laboral de las personas trabajadoras que se someten a tratamientos de reproducción asistida. En ella, se indicaba lo siguiente: «Es por ello que la reforma del artículo 52.d) del actual texto refundido del Estatuto de los Trabajadores planteada para amparar los supuestos de reproducción asistida puede resultar una oportunidad para proteger tales supuestos que eviten dramáticas situaciones que coloquen al trabajador en la disyuntiva entre proteger su salud o su puesto de trabajo». Desafortunadamente, esta propuesta fue rechazada.

<sup>67</sup> GORELLI HERNÁNDEZ, J.: «La reciente Ley 39/1999, para promover la conciliación de la...», op. cit., págs. 755-798; GONZÁLEZ ORTEGA, S.: *Absentismo y despido del trabajador*, Cizur Menor, Thomson Reuters Aranzadi, 1983, págs. 183-188; DURÁN LÓPEZ, F.: «La excesiva onerosidad como causa del despido», *Revista española de Derecho del trabajo*, núm. 6, 1981, pág. 227; BRIONES GONZÁLEZ, C.: «La extinción del contrato de trabajo por causas objetivas...», op. cit., págs. 329 y 345-346; SALA FRANCO, T.: *El régimen jurídico de las ausencias al trabajo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001, pág. 36; y ALZAGA RUIZ, I.: «El absentismo del trabajador como causa de...», op. cit., pág. 412. Este último autor, por ejemplo, dispone que «la enumeración de las causas tiene carácter enunciativo y no taxativo o exhaustivo por varios motivos. En primer lugar por la propia redacción del precepto, que no indica que hayan de excluirse solamente las en él mencionadas; argumento reforzado por la tradicional interpretación restrictiva de las causas de extinción del contrato de trabajo. En segundo lugar, la norma no precisa qué supuestos no habrán de ser tenidos en cuenta a los efectos del cómputo del absentismo, sino que sólo indica qué ausencias no podrán en ningún caso ser incluidas en su cálculo. Es un listado abierto, que permitirá, como veremos en las siguientes páginas, asimilar a las ausencias contempladas otras olvidadas por el legislador, como las ausencias al trabajo por adopción, acogimiento, riesgo durante la lactancia natural de un menor de nueve años, descansos semanales, festivos, etc».

asistencia al trabajo que no computan, en la que pueden incorporarse otras faltas de asistencia diferentes a las contempladas expresamente en la norma, pero con semejante causa o motivación (postura que nos parece muy razonable)<sup>68</sup>. Desde este punto de vista, entendemos que podrían incluirse en el listado otros supuestos que guardan cierta o total identidad con los supuestos (en el caso que nos ocupa, con los supuestos de conciliación de la vida personal y familiar de los trabajadores) que sí aparecen citados expresamente en el art. 52 d) del ET, como la adopción, el acogimiento, los tratamientos de reproducción asistida o el cuidado de hijos y familiares, y, por tanto, que no deberían computar a los efectos de esta causa de extinción del contrato. Al respecto, resulta interesante la STSJ<sup>69</sup> de Andalucía de 9 de junio de 2009, la cual establece que resulta incoherente computar otras faltas de asistencia distintas a las contempladas expresamente en la norma, pero con semejante causa o motivación; concretamente, esta sentencia establece que «aunque formalmente se listan como no computables ciertas suspensiones del contrato de trabajo (huelga legal, maternidad, riesgos durante el embarazo) y otras no se mencionan (cargo público representativo, privación de libertad, cierre legal de empresa, etc.) por lo que parecían que estas sí se computarían, no tiene coherencia hacerlo, pues ello contradiría el régimen específico de cada uno de estos supuestos, lo que desemboca necesariamente en que los únicos supuestos posibles, sean los de baja laboral por incapacidad temporal».

## V. CONCLUSIONES

Queda claro, a la vista de las anteriores consideraciones, que el empresario no podrá computar como faltas de asistencia, a los efectos del art. 52 d) del ET, las ausencias debidas a maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y la lactancia, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia. Tal y como se ha expuesto, la configuración actual de este cuarto grupo de supuestos que tienen como finalidad la conciliación de la vida personal y familiar de las personas trabajadoras es fruto de la reforma operada por la Ley 35/2010, de 17 de septiembre, que procedió a incluir en el listado de faltas de asistencia que no se tienen en cuenta a efectos del cálculo del absentismo, las ausencias que tienen su origen en las situaciones de paternidad y riesgo durante la lactancia.

Las reformas que ha experimentado este precepto estatutario, no obstante, han puesto en evidencia la ausencia de referencia alguna a las faltas de asistencia debidas a adopción, acogimiento, tratamientos de reproducción asistida y cuidado de hijos y familiares, entre otras ausencias, que, en nuestra opinión, también se encuentran excluidas del cómputo de ausencias justificativas del despido objetivo previsto en el art. 52 d) del ET, en la medida en que guardan cierta o total identidad con otros supuestos que sí aparecen recogidos expresamente en la norma.

<sup>68</sup> Otra parte de la doctrina (pueden verse, por ejemplo, los trabajos de ASQUERINO LAMPARERO, M. J.: «Despido objetivo por morbilidad...», op. cit., págs. 69-88 y de ÁLVAREZ ALCOLEA, M.: «La extinción del contrato de trabajo por causas objetivas en la jurisprudencia», *Revista española de derecho del trabajo*, núm. 3, 1980, pág. 415) considera que se trata de una lista de faltas de asistencia al trabajo cerrada o de naturaleza taxativa a efectos de su exclusión del cómputo, en base al tenor literal del art. 52 d). Es decir, este sector considera que el legislador se ha inclinado por una enumeración de aquellas ausencias que no deben computarse, e incluso en ciertas ocasiones, como ha ocurrido con la reforma introducida por la Ley 3/2012, se ha estimado oportuno la modificación de la redacción de la norma para añadir otras faltas de asistencia no computables. En este sentido, indica esta parte de la doctrina que si el listado fuese meramente ejemplificativo o enunciativo no hubiera sido necesario proceder a la inclusión expresa de otras ausencias justificadas diferentes a las proyectadas inicialmente. Existen distintas resoluciones judiciales que apoyan esta tesis y que consideran que la lista de ausencias no computables del art. 52 d) del ET se conforma como una lista cerrada. Algunas de estas sentencias [SSTS] del País Vasco de 19 de diciembre de 2003 (AS 2003\4253), de Navarra de 21 de septiembre de 2004 (AS 2004\2879), de la Comunidad Valenciana de 28 de febrero de 2005 (AS 2005\889) y 28 de junio de 2007 (JUR 2007\309674), de la Rioja de 30 de mayo de 2006 (JUR 2007\33541), de Cataluña de 5 de octubre de 2006 (JUR 2007\134425) y 12 de septiembre de 2013 (JUR 2013\345723); existen, además, otras muchas sentencias sobre la materia, por ejemplo la STSJ de Madrid de 25 de mayo de 2004 (AS 2004\2315) que dispone que estas causas «se enumeran de forma taxativa», en su mayoría de los Tribunales Superiores de Justicia, establecen, por ejemplo, que «el párrafo segundo del art. 52 d) ET se encarga de precisar que no computarán, como faltas de asistencia, a los efectos del párrafo anterior de esa norma, determinado tipo de ausencias, que concreta en unas específicas, en lista cerrada».

<sup>69</sup> STSJ de Andalucía, Sevilla, de 9 de junio de 2009 (AS 2009\1771).

Por último, entendemos que, como propuesta de *lege ferenda*, el art. 52 d) del ET podría quedar redactado del siguiente modo: «No se computarán como faltas de asistencia, (...) las ausencias debidas a (...) maternidad, paternidad, adopción, acogimiento, riesgo durante el embarazo y la lactancia, enfermedades causadas por embarazo, parto o lactancia, paternidad, tratamientos de reproducción asistida, cuidado de hijos y familiares (...)»<sup>70</sup>.

---

<sup>70</sup> Desde nuestro punto de vista, con esta redacción de la norma se podrían evitar numerosos problemas interpretativos.



# CAPÍTULO IX. LA REDUCCIÓN DE JORNADA POR CUIDADO DE MENOR AFECTO DE CÁNCER U OTRA ENFERMEDAD GRAVE: UN ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL<sup>1</sup>

CARMEN JOVER RAMÍREZ

*Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de Cádiz*

## I. INTRODUCCIÓN

La Ley 39/2010 de 22 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2011 (BOE de 23 de diciembre) introdujo en sus Disposiciones Finales vigésimo primera, segunda y tercera una nueva figura que responde a las necesidades conciliatorias plasmadas con carácter general en el artículo 44 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo (BOE de 23 de marzo), para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, en cuyo apartado 1 establece que “los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral se reconocerán a los trabajadores y las trabajadoras en forma que fomenten la asunción equilibrada de las responsabilidades familiares, evitando toda discriminación basada en su ejercicio”. Con ello se introduce en el Ordenamiento Jurídico Laboral una nueva figura de carácter dual, laboral y de Seguridad Social, similar a la maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo o por lactancia natural, con la diferencia esencial de que, a diferencia de ser causa de suspensión de la relación laboral como las indicadas, se materializa a través del reconocimiento de una reducción de jornada, a la que sí, como en aquellas, acompaña la protección del Sistema de la Seguridad Social, mediante una prestación económica otorgada al respecto, siempre que se reúnan los requisitos legalmente previstos. Igualmente, la medida tiene su igual en el seno de la función pública en la que reconocida la reducción de la jornada de trabajo se acompaña de un mantenimiento íntegro de las retribuciones del funcionario.

Lo anterior supuso la introducción de un nuevo párrafo tercero en el apartado 5 del artículo 37 del entonces Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, así como un nuevo capítulo IV, el sexies, en el Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio, Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social<sup>2</sup>. Asimismo, su materialización en el ámbito de la función pública determinó la inclusión del apartado e) en el artículo 49 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado público (en adelante EBEP). Por su parte, el desarrollo reglamentario de la prestación económica de Seguridad Social se ha materializado en el RD 1148/2011, de 29 de julio (BOE de 30 de julio), de cuyo ámbito de aplicación quedan excluidos, de conformidad con lo previsto en el artículo 1.2 del mismo, el personal funcionario incluido en el ámbito de aplicación del EBEP.

La introducción de la medida en nuestro Ordenamiento Jurídico Laboral, la protección otorgada por nuestro Sistema de Seguridad Social así como el reconocimiento previsto en el

---

<sup>1</sup> El estudio que se presenta se enmarca en el Proyecto I+D Proyectos de excelencia 2016: “Jurisdoc: Jurisprudencia y doctrina. Incidencia de la doctrina en las resoluciones judiciales de los órdenes civil, laboral y penal”

<sup>2</sup> Menciones que, respectivamente, hoy deben ser referidas al artículo 37.6 tercer párrafo del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante TRET) y al Capítulo X del Título II y artículo 318 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (en adelante TRLGSS).

EBEP, ha originado inconvenientes en cuanto a su aplicabilidad práctica, lo que ha exigido, como no podía ser de otro modo, la necesaria intervención de nuestros Tribunales, a fin de pronunciarse en aquellos aspectos en los que se suscitan mayores dudas interpretativas. Constituyen dichos pronunciamientos el objeto del presente estudio y ello con el fin de poder conocer los aspectos más controvertidos de la materia así como la interpretación jurisprudencial ofrecida a las mismas.

## II. LA DELIMITACIÓN DE LA SITUACIÓN PROTEGIDA

De conformidad con lo previsto en el artículo 190 TRLGSS, en conexión con el artículo 37.6 TRET, se considera situación protegida la reducción de la jornada de trabajo de al menos un 50 por ciento, con la disminución proporcional del salario, que lleven a cabo los progenitores, adoptantes, guardadores con fines de adopción o acogedores de carácter permanente, cuando ambos trabajen, para el cuidado, durante la hospitalización y tratamiento continuado, del menor a su cargo afectado por cáncer (tumores malignos, melanomas y carcinomas), o por cualquier otra enfermedad grave, que implique un ingreso hospitalario de larga duración y requiera la necesidad de su cuidado directo, continuo y permanente, acreditado por el informe del servicio público de salud u órgano administrativo sanitario de la Comunidad Autónoma correspondiente y, como máximo, hasta que el menor cumpla los dieciocho años; previéndose la posibilidad de que, por convenio colectivo, se puedan establecer las condiciones y supuestos en los que esta reducción de jornada se acumule en jornadas completas. Debiendo tener en cuenta a estos efectos que el artículo 2 segundo párrafo del RD.1148/2011, considera igualmente como ingreso hospitalario de larga duración, la continuación del tratamiento médico o el cuidado del menor en domicilio tras el diagnóstico y hospitalización por la enfermedad grave. Mención esta última no referida ni en el TRLGSS ni en el TRET.

La cuestión que, en relación a la delimitación de la situación protegida, ha recabado mayoritariamente el pronunciamiento de los Tribunales, ha sido la concreción de ese “cuidado directo, continuo y permanente” exigido.

En primer lugar, uno de los elementos más controvertidos y que ha exigido el pronunciamiento del TS en unificación de doctrina, ha sido la estimación o no de concurrencia de requisitos en aquellos casos en los que el cuidado de los progenitores concurre con periodos de cuidado por otras instituciones externas. Así, la sala de lo social del TS, en sentencia nº 568/2016, de 28 de junio de 2016, ante el supuesto de una menor afecta de una parálisis cerebral que está escolarizada en un centro especial donde recibe atención de fisioterapia, audición y lenguaje, estima que el hecho de que la menor esté escolarizado, recibiendo los tratamientos y educación que su enfermedad requiere, no impide que se aprecie que concurren las circunstancias exigidas para la concesión de la prestación. Los argumentos esgrimidos por el TS son, entre otros: primero, que la exigibilidad de cuidado prevista por el legislador no tiene que suponer una atención las veinticuatro horas del día. Segundo, que estamos ante un supuesto en el que se habla de reducción de jornada y por tanto de compatibilizar trabajo y cuidado, por lo que el solicitante de la prestación no va a dedicar la totalidad de su tiempo al cuidado del menor. Tercero, la gravedad de la dolencia de la que está afecto el menor no supone que el mismo en su domicilio no tenga que ser objeto de intensos cuidados de manera directa, continua y permanente por parte de su progenitora y cuarto, que resulta impensable hoy en día que un menor afecto de tales dolencias no acuda a algún centro de escolarización para un tratamiento y atención especializada a fin de mejorar en la medida de lo posible su situación<sup>3</sup>. Con dicho pronunciamiento se solventa la cuestión controvertida existente respecto de la incidencia de la escolarización en el requisito del cuidado directo, permanente y continuo del menor, al entender algunos Tribunales que la escolarización, aun cuando lo fuera en

<sup>3</sup> Siguiendo dicha línea jurisprudencial, STSJ de Castilla y León (Sala de lo Social), nº de recurso 1500/2017, de 25 de enero de 2018; STSJ de Andalucía (Sala de lo Social), nº 1782/2017, de 2 de noviembre; STSJ de Andalucía (Sala de lo Social), nº 2792/2017, de 5 de octubre; STSJ de Asturias (Sala de lo Social), nº 1801/2017, de 11 de julio; STSJ de Andalucía (Sala de lo Social), nº 213/2017, de 26 de enero; STSJ de Cataluña (Sala de lo Social), nº 6875/2016, de 22 de noviembre; STSJ de Cataluña (Sala de lo Social), nº 6289/2016, de 2 de noviembre.

un centro especial constituía una ayuda específica o tiempo de descanso a los padres respecto al cuidado continuo en domicilio que requiere el menor, ya que ello supone una “esfera de desconexión” con el progenitor cuidador, que implica una atención indirecta al margen del ámbito doméstico<sup>4</sup>. Entendiendo que el hecho de que el menor esté escolarizado y acuda a clase de modo regular presupone que no es la progenitora quien ejerce ese cuidado de manera permanente<sup>5</sup>. Frente a ello, algunos Tribunales estiman que la necesidad de cuidado directo, continuo y permanente en ningún caso queda invalidada por la asistencia del menor a un centro escolar especializado<sup>6</sup>, pudiendo ser incluso considerado como parte del tratamiento<sup>7</sup>. Considerando en algún caso que, si bien la escolarización puede ser una presunción de que no concurre ese cuidado, dicha presunción admite prueba en contrario, pudiendo durante cierta parte del tiempo dicho cuidado ser realizado por su profesora y el resto del tiempo por su progenitor, lo que no lleva por tanto a negar que necesite dicho cuidado directo, continuo y permanente<sup>8</sup> o incluso que requiera necesidades especiales durante el horario escolar<sup>9</sup>.

En segundo lugar, junto a la cuestión anterior, debe reseñarse los numerosos pronunciamientos que la apreciación de ese “cuidado directo, continuo y permanente” recaba en un caso muy concreto, cual es el de la Diabetes Mellitus Tipo I, contemplada como enfermedad grave en el listado incorporado como Anexo al RD.1148/2011. Con carácter general, los pronunciamientos de los Tribunales han respondido a la reciente jurisprudencia del TS en la que se indica como la estimación o desestimación de la concesión de la pretensión por parte de los Tribunales supone la necesidad de valorar las circunstancias específicas concurrentes en cada caso. La mera aparición de la enfermedad, aun cuando la misma se encuentre en el listado de enfermedades graves citado, no supone el automatismo en el reconocimiento de la prestación sino que ello debe vincularse a la concurrencia de la necesidad de ese cuidado<sup>10</sup>.

En esta línea, se tienen en cuenta como argumentos que sustentan la denegación de la prestación, el hecho de que, estando escolarizada la menor, reciba asistencia sanitaria del servicio de enfermería adscrito al centro, en el que se le realizan los controles diarios a lo largo de la mañana, reconociendo incluso que la atención sanitaria prestada en dicho centro pueda resultar más especializada que la que puedan prestar los progenitores<sup>11</sup> o que se lleve un ritmo de vida ordinario en su centro escolar, actividades extraescolares, sin perjuicio de una supervisión pero sin que ello implique el cuidado exigido por la norma<sup>12</sup>. O bien, la edad del menor, al indicar como en este tipo de enfermedad cuanto menor es el niño mayor es la dependencia de progenitores y tutores para cumplir con el tratamiento correctamente. Así en el caso de adolescente de 17 años, entiende el Tribunal que debe acogerse la teoría de que el adolescente, y sobre todo el que no ha sido diagnosticado recientemente, suele ser casi completamente autónomo en el manejo del tratamiento, estimando por tanto que, al no proceder el cuidado exigido, no procede la prestación, sin perjuicio de que cualquier descompensación grave o el empeoramiento del menor puedan determinar dicho cuidado y por ende, el acogerse a la situación protegida<sup>13</sup>.

Pronunciamientos aislados encontramos igualmente respecto de otras enfermedades que, encontrándose recogidas en el listado de enfermedades graves, se ha entendido a tenor de las

<sup>4</sup> Entre otras, STSJ de País Vasco (Sala de lo Social), nº 1599/2013, de 24 de septiembre; STSJ de País Vasco (Sala de lo Social), nº 2218/2013, de 17 de diciembre.

<sup>5</sup> STSJ de Galicia (Sala de lo Social), nº 118/2017, de 30 de diciembre de 2016.

<sup>6</sup> STSJ de Madrid (Sala de lo Social), nº 435/2016 de 20 de mayo.

<sup>7</sup> STSJ de Castilla y León (Sala de lo Social), nº 1633/2015, de 4 de noviembre.

<sup>8</sup> STSJ de Galicia (Sala de lo Social), nº 299/2016, de 29 de julio.

<sup>9</sup> STSJ de Cataluña (Sala de lo Social), nº 5961/2016, de 19 de octubre.

<sup>10</sup> STS (Sala de lo Social), nº 93/2018, de 5 de febrero de 2018. Recogida igualmente en STS (Sala de lo Social), nº 192/2018, de 21 de febrero en el que se desestima recurso de casación interpuesto.

<sup>11</sup> STSJ de Madrid (Sala de lo Social), nº 286/2018, de 2 de abril.

<sup>12</sup> STSJ de Cataluña (Sala de lo Social), nº 469/2017, de 22 de junio; STSJ de Cataluña (Sala de lo Social), nº 466/2014, de 22 de enero. En sentido similar, STSJ de Madrid (Sala de lo Social), nº 420/2015, de 14 de mayo; STSJ de Castilla y León (Sala de lo Social), nº 165/2014, de 20 de marzo; STSJ de Castilla y León (Sala de lo Social), nº 476/2013, de 6 de marzo.

<sup>13</sup> STSJ de Murcia (Sala de lo Contencioso), nº 788/2017, de 28 de diciembre.

circunstancias específicas de cada caso, que no determinaban la exigencia de ese cuidado directo, continuo y permanente. Así tras haber superado un proceso oncológico pero no estando en el momento de la solicitud la menor sometida a tratamiento activo, sin perjuicio de la supervisión médica, entiende el Tribunal que no procede la prestación pues, independientemente de la indudable gravedad de la enfermedad y de la dependencia que ello podría suponer, no implica la necesidad del cuidado directo, continuo y permanente<sup>14</sup>. O, en el caso de hipotiroidismo y enfermedad celíaca, en el que el menor cuenta con un tratamiento médico mediante la ingesta de una pastilla diaria que, sin perjuicio de los controles diarios, no exige el cuidado requerido para entender la procedencia de la prestación<sup>15</sup>. En sentido similar, se deniega la prestación cuando el cuidado prestado se limita al cuidado en el momento de la ingesta de ciertos alimentos para su observación y para evitar reacciones alérgicas, lo que denota, a juicio del Tribunal, que el cuidado no reviste los caracteres de directo, continuo y permanente<sup>16</sup>.

Por último, debe señalarse que la delimitación de los requisitos exigidos ha determinado el pronunciamiento del INSS en un caso muy concreto: la apreciación de la “hospitalización” como requisito previo. La identificación de la situación protegida exige o bien un ingreso hospitalario de larga duración o bien la continuación del tratamiento médico o el cuidado del menor en domicilio tras el diagnóstico y hospitalización. De ello parece deducirse que en ambos casos, la hospitalización es un requisito previo para la concesión de la prestación e incluso la no concurrencia de aquella ha llevado a algún Tribunal a desestimar la prestación por entender que al no existir un ingreso hospitalario de larga evolución o un simple periodo de hospitalización previa no se cumplía el requisito legalmente previsto<sup>17</sup>. Sin embargo, el INSS estima cumplido el requisito cuando, padeciendo el menor una de las enfermedades listadas como graves, aún no habiendo existido hospitalización en régimen de internamiento ni hospitalización domiciliaria se ha de acudir de manera periódica y continuada a un hospital de día para recibir el tratamiento- de larga duración- con el fin de curar la enfermedad<sup>18</sup>.

### III. REQUISITOS CONCURRENTES EN LOS BENEFICIARIOS

El TRET recoge el derecho a la reducción de jornada señalado como un derecho individual de los trabajadores, sin perjuicio de indicar que si dos o más trabajadores de la misma empresa generasen este derecho por el mismo sujeto causante, el empresario podría limitar su ejercicio simultáneo por razones justificadas de funcionamiento de la empresa. Salvando lo señalado, no se hace mención expresa a la exigencia de que ambos progenitores trabajen para poder acogerse a dicha reducción. Si bien, diferente es la previsión en el supuesto de ser posible beneficiario de la prestación económica del Sistema de Seguridad Social. Tanto el TRLGSS como el Reglamento de desarrollo prevén la exigencia de que “ambos trabajen”.

Esta exigibilidad ha planteado controversia principalmente en los supuestos de separación o divorcio. Bien es cierto que el propio legislador contempla la situación al señalar en el apartado 2 del artículo 4 del RD.1148/2011 que en dicha situación es necesario que, dentro de cada unidad familiar, ambas personas progenitoras, adoptantes etc... acrediten que se encuentran afiliadas y en situación de alta en algún régimen público de Seguridad Social o solamente una de ellas, si la otra, en razón del ejercicio de su actividad profesional, está incorporada obligatoriamente a la mutualidad de previsión social establecida en el correspondiente colegio profesional. Entendiendo cumplido este requisito cuando la persona progenitora, adoptante etc..., que no es beneficiaria de la prestación, tiene suscrito un convenio especial en el Sistema de la Seguridad Social por realizar su actividad laboral en un país con el que no existe instrumento internacional de Seguridad Social.

<sup>14</sup> STSJ de Andalucía (Sala de lo Social), nº 787/2014, de 22 de mayo.

<sup>15</sup> STSJ de Cataluña, nº 898/2018, de 12 de febrero de 2018.

<sup>16</sup> STSJ de Castilla- La Mancha (Sala de lo Contencioso), nº 10145/2017 de 20 de marzo.

<sup>17</sup> STSJ de Galicia (Sala de lo Social), nº 4343/2015, de 22 de julio.

<sup>18</sup> INSS. Consulta de 15 de septiembre de 2016. JUR/2017/75891.



Pues bien, en algunos supuestos se ha alegado por los solicitantes que al estar los progenitores divorciados y al estar atribuida la custodia a uno de ellos, la unidad familiar a tener en cuenta debería ser la formada únicamente por el hijo/s y el progenitor solicitante de la prestación. A la vista de ello, nuestros Tribunales se han manifestado en posiciones divergentes. Por una parte, se ha estimado que procede denegar la prestación en aquellos casos en los que no consta que el progenitor no solicitante de la prestación esté de alta ni se acredite que exista resolución judicial declarativa de abandono de familia por su parte. Entendiendo así, que la exigencia de que “ambos trabajen” no resulta incompatible con el hecho de que uno de los progenitores tenga la guarda y custodia del menor y pueda ser el otro quien desempeñe la función cuidadora del hijo enfermo<sup>19</sup>. Por otra parte, en sentido contrario, se ha estimado que la configuración de la unidad familiar es diferente en uno y otro caso; de modo que si la unidad familiar se ha contemplado entendiendo por tal la constituida por ambos progenitores, en la situación de separación judicial, divorcio o nulidad otra debe ser la consideración, estimando que será unidad familiar la constituida por el causante y uno de los progenitores. A tal efecto, se entiende que cuando el legislador establece que ambos progenitores estén trabajando, debe interpretarse que se hace bajo la óptica de que ambos formen o estén, según la literalidad del Real Decreto, "dentro de cada unidad familiar" y será entonces cuando deba exigirse a ambos progenitores estar afiliados y en situación de alta en algún régimen público de Seguridad Social. Considera el Tribunal que esta previsión no opera cuando los dos progenitores no formen parte de la unidad familiar por haberse separado o divorciado o en supuesto de nulidad matrimonial, en cuyo caso, partiendo de la que se entiende es la finalidad del precepto, la atención y cuidado del menor enfermo grave, será sólo en el progenitor que le cuida y atiende en quien han de concurrir los requisitos legalmente exigidos en cada caso<sup>20</sup>.

A la vista de lo señalado entendemos que esta última debe ser la interpretación correcta en lo que concierne a la exigibilidad de los requisitos. Ciertamente el legislador hace referencia a la “unidad familiar” en un apartado del precepto, el uno, diferente de aquel que destina a la regulación del supuesto de separación judicial, nulidad o divorcio, en el cual no se hace mención alguna a la “unidad familiar” sino únicamente al supuesto de determinación del beneficiario de la prestación en el caso de que ambos reunieran los requisitos para ello. Es de lógica interpretación entender que, si la guarda y custodia es atribuida a un progenitor, no pueda negársele sea este quien asuma la función de cuidado del menor. Lo contrario, atribuir la función de cuidado a quien no tiene la guarda y custodia porque no esté trabajando supondría entrar en colisión con lo previsto en el convenio regulador aplicable, del que se deduce que la función de cuidado con carácter permanente en el tiempo la tiene atribuida aquel progenitor en el que además concurren los requisitos para poder ser beneficiario de la prestación.

A conclusión similar se ha llegado en el supuesto en el que uno de los progenitores deja de reunir el requisito exigido de estar trabajando, al haberle sido reconocida una Incapacidad Permanente Absoluta. A este respecto se señala como debe tenerse en cuenta que la razón de la prestación por cuidado del menor afecto de cáncer u otra enfermedad grave no es otra que facilitar la conciliación de la vida familiar y laboral, dando cumplimiento al mandato del artículo 39.2 de la Constitución Española acerca de la protección integral de los hijos. Dicho lo cual, debe pues entenderse que el requisito de la exigibilidad de vinculación laboral lo es al dar por supuesto que el progenitor desvinculado laboralmente está en condiciones de atender al cuidado del menor. Hecho que no ocurre cuando uno de los progenitores por su gravísima enfermedad no estaba en condiciones de asumir tal dedicación. Aplicándose en este caso analógicamente la suspensión en caso de Incapacidad Temporal o maternidad que permite el reconocimiento de un nuevo subsidio a favor de la otra progenitora<sup>21</sup>. Pronunciamento diferente es el que se ofrece en el caso en el que el progenitor es afecto de una Incapacidad Permanente en el grado de Total al entender que

<sup>19</sup> En este sentido, STSJ de Islas Canarias (Sala de lo Social), n° 707/2013, de 5 de noviembre; STSJ de Aragón (Sala de lo Social) n° 449/2012, de 18 de julio.

<sup>20</sup> STSJ de Asturias (Sala de lo Social), n° 427/2017, de 28 de febrero.

<sup>21</sup> STSJ de Andalucía (Sala de lo Social), n° 1819/2014, de 11 de diciembre.

cuando la enfermedad no invalida para toda profesión u oficio sino solo para la que venía desempeñando con anterioridad ni las dolencias resultan incompatibles con la asistencia al menor no se requiere el disfrute por el otro progenitor de la reducción protegida<sup>22</sup>.

En otro sentido, los Tribunales han sido tajantes al entender que la inclusión sin más en el Sistema de la Seguridad Social no supone *per se* que se cumpla el requisito de “trabajar” sino que hay determinados casos en los que debe estimarse no se reúne dicho requisito. Así por ejemplo, en el supuesto de que la madre del menor estaba dada de alta en virtud del convenio especial de Cuidadores no profesionales en situación de dependencia, recibiendo en su día la prestación económica correspondiente y respecto de la que era causante el menor afectado<sup>23</sup>.

#### IV. CUANTÍA DE LA PRESTACIÓN

Una de las cuestiones que ha determinado el pronunciamiento de los Tribunales en lo que concierne a la cuantía de la prestación ha sido la del cálculo de la base reguladora en aquellos casos en los que previamente al reconocimiento legal de esta situación protegida, se había disfrutado por el progenitor de una reducción de jornada para el mismo fin, el cuidado del menor. Téngase en cuenta que hasta el año 2011 no se introdujo dicha posibilidad de modo que, señala el Tribunal, que *sea razonable* entender que, si una progenitora había reducido su jornada de trabajo por cuidado del menor antes de poder hacerlo por esta prestación al no existir la misma, la base reguladora debería ser la de jornada completa y no la de jornada reducida con base en el mismo motivo<sup>24</sup>. Al tratarse de una nueva prestación a la que no pudieron acogerse alguno de los progenitores en el momento en que el menor recababa la función de cuidado, ello obliga en este caso concreto de cálculo de la base reguladora, a una “exégesis de sus requisitos y términos, más apegada a la finalidad que le sirve de justificación”. De ello no ser así, se entiende supondría “un perjuicio intolerable que, tras reclamarse e instaurarse un nuevo supuesto...no pudiera acogerse a ella en su plenitud de derechos”<sup>25</sup>. Ahora bien, dicha respuesta viene al amparo de la transitoriedad de la situación provocada por la inexistencia en nuestro Ordenamiento de la situación protegida, siendo diferente la respuesta ofrecida en aquellos casos en los que el interesado se acogió a una reducción de jornada ordinaria estando vigente la situación protegida, entendiéndose que, en este caso, ha de concluirse que la base reguladora a aplicar debe ser la correspondiente al mes anterior a la solicitud de la prestación<sup>26</sup>.

Asimismo, se ha originado conflicto en aquellos casos en los que estando los progenitores separados judicialmente, el encuadramiento en el régimen de la Seguridad Social correspondiente del progenitor no beneficiario, sufría altas y bajas sucesivas. En tal caso, el cálculo de la cuantía de la prestación se ha realizado por la entidad responsable en función de los días de alta y cotización. Criterio que se rechaza por el Tribunal al entender que dicha cuantía no puede estar condicionada a las cotizaciones del ex-esposo, al no estar en un supuesto de unidad familiar configurada por los dos progenitores y el causante. Rechazándose por el Tribunal una interpretación restrictiva del derecho reconocido, entendiéndose al contrario que lo que procede es una interpretación “armónica del Ordenamiento Jurídico” que lleva a interpretar la prestación de un modo finalista a la tutela de un interés del menor, con criterios propios del Sistema de Seguridad Social<sup>27</sup>.

Igualmente ha sido necesaria la interpretación de los Tribunales en lo concerniente a la determinación de la cuantía de la prestación en relación a la reducción de la jornada. A estos efectos se ha debido clarificar lo previsto en el artículo 192.1 TRLGSS al señalar que la prestación económica por cuidado de menores consistirá en un subsidio equivalente al 100 por ciento de la base reguladora establecida para la prestación de incapacidad temporal derivada de contingencias

<sup>22</sup> STSJ de Galicia (Sala de lo Social), nº 3766/2015, de 25 de junio.

<sup>23</sup> STSJ de Murcia (Sala de lo Social), nº 955/2014, de 24 de noviembre.

<sup>24</sup> STSJ de País Vasco (Sala de lo Social), nº 2013/2017, de 17 de octubre.

<sup>25</sup> STSJ de Madrid (Sala de lo Social), nº 400/2014, de 9 de mayo.

<sup>26</sup> STSJ de Madrid (Sala de lo Social), nº 528/2017, de 5 de junio.

<sup>27</sup> STSJ de Madrid (Sala de lo Social), nº 683/2013, de 26 de noviembre de 2013.

profesionales, y en proporción a la reducción que experimente la jornada de trabajo. Ello quiere decir que la cuantía de la prestación depende de la reducción que haya experimentado la jornada de trabajo de la persona que ha solicitado la prestación; así, reducir el 50 % de la jornada, significa que la prestación ha de ser el 50 % de la base reguladora no del 100 % de dicha base. En estos casos, lo que se pretendía obviar por parte del demandante es la aplicabilidad de la matización del propio precepto, “en proporción a la reducción que experimente la jornada de trabajo”. Respecto de cuya aplicabilidad no deja el Tribunal opción a duda<sup>28</sup>.

## V. DINÁMICA DE LA PRESTACIÓN

Las cuestiones más controvertidas en torno a la dinámica de la prestación por cuidado de menor se ciernen respecto de la extinción y suspensión de la misma.

En cuanto a las causas concurrentes de la extinción de la prestación, la causa prevista en el apartado b) del artículo 7.3 RD.1148/2011, respecto de la inexistencia del cuidado directo, continuo y permanente del menor, debido a la mejoría o alta médica por curación, es la circunstancia que ha demandado un mayor número de pronunciamientos de los Tribunales. Cuestión esta que debemos poner en conexión con la concurrencia de dicho requisito como determinante también del nacimiento de la propia prestación y que hemos analizado, desde esta perspectiva, en el apartado destinado a la configuración de la situación protegida. Señalar al respecto que reglamentariamente se introduce una matización no prevista legalmente, cual es la referencia a la “mejoría”, ya que el artículo 192.2 TRLGSS indica que “esta prestación se extinguirá cuando, previo informe del servicio público de salud u órgano administrativo sanitario de la comunidad autónoma correspondiente, cese la necesidad del cuidado directo, continuo y permanente, del hijo o del menor sujeto a acogimiento o a guarda con fines de adopción del beneficiario”, sin hacer mención a la mejoría sí citada en la disposición reglamentaria.

Así queda acreditado por nuestros Tribunales que, en tales supuestos de extinción (producida directamente porque la entidad responsable deje de abonar la prestación o bien porque se haya denegado la prórroga de la misma), se hace necesario que se haya producido un cambio en las circunstancias del menor, cambio que, conforme a lo previsto reglamentariamente, exige informe del servicio Público de Salud u órgano administrativo sanitario de la Comunidad Autónoma correspondiente, responsable de la asistencia sanitaria del menor. De modo que, si dicha decisión de extinción se adopta sin el necesario informe de dicho servicio, expresivo de que ya no se necesita por el menor dicho tipo de cuidados, se está incurriendo en un error por parte de la entidad responsable ( la Mutua en este caso), no llamada a valorar en concreto la concurrencia o no de este requisito el cual se acreditará, como se señala, mediante el informe preceptivo emitido al respecto, sin que aquella pueda entrar a valorar la concurrencia o no de la mejoría y de la necesidad de ese cuidado directo<sup>29</sup>. Incluso se reconoce la concurrencia de causa extintiva en aquellos casos en los que constanding cierta mejoría del menor, el informe médico continua reconociendo la necesidad de ese cuidado directo, continuo y permanente<sup>30</sup>. Reconociéndose en algunos casos, sin embargo, la extinción de la prestación reconocida, no por la existencia de mejoría e informe acreditativo al respecto en el que se reflejara la no necesidad de cuidado directo, continuo y permanente, sino por entender la no concurrencia de este a la vista de la situación del menor<sup>31</sup>.

Asimismo, se pone de relieve que solo la no concurrencia de tales requisitos, debidamente acreditados por los informes médicos de los órganos competentes es lo que puede determinar la extinción de la prestación analizada, sin que sea posible presumir que el cumplimiento de cierta edad del menor- inferior evidentemente a los 18 años que *per se* lleva a la extinción de la prestación- pueda determinar por la conexión con la enfermedad diagnosticada y la posibilidad de

<sup>28</sup> STSJ de Murcia (Sala de lo Social), nº 144/2018, de 14 de febrero de 2018.

<sup>29</sup> En este sentido, STSJ del País Vasco (Sala de lo Social), nº 2420/2014, de 9 de diciembre.

<sup>30</sup> STSJ País Vasco (Sala de lo Social), nº 2443/2017, de 12 de diciembre.

<sup>31</sup> STSJ Castilla y León (Sala de lo Social), nº recurso 2047/2017, de 26 de febrero de 2018.

una mayor autonomía del menor, la extinción de la misma. A tal efecto, se estima que no es competencia de los Tribunales delimitar la duración de la prestación indicando: “hasta el último día natural del mes en que la menor cumpla 13 años”. Ello en base a argumentos tales como “que a partir de dicha edad (en el caso analizado respecto de la Diabetes Mellitus tipo I) tendrá un cabal conocimiento de la enfermedad y de los efectos de no llevar unos hábitos adecuados”. No es así pues posible limitar a través de una sentencia, la eficacia temporal de la prestación única y exclusivamente al presumir que el cumplimiento de una edad determinará la no necesidad de ese cuidado. Es necesario estar a lo legalmente previsto, es decir, a la exigencia o no de la concurrencia de los requisitos previstos<sup>32</sup>. Que pueda ser la edad un elemento más a tener en cuenta para apreciar la necesidad o no de ese cuidado, no se pone en duda y así lo hemos visto en alguno de los pronunciamientos señalados pero cosa bien distinta es determinar la extinción de la prestación por el cumplimiento de una edad que el propio Tribunal establezca sin entrar a valorar el resto de las circunstancias concurrentes.

En cuanto a la suspensión de la prestación, esta se ha apreciado durante aquellos días en que dejaban de concurrir los requisitos exigidos. Concretamente en lo que concierne a la exigencia de que ambos padres trabajen. De este modo, alternándose en el tiempo por parte de uno de los progenitores, periodos de actividad profesional con periodos de cese de la actividad laboral durante determinados días en los que se percibe prestación por desempleo, se entiende que procede la suspensión de la prestación durante los días de cese de la actividad laboral<sup>33</sup>.

Sin embargo, no se ha apreciado ni suspensión ni extinción de la prestación en aquel supuesto en el que se declara la nulidad del despido del progenitor que, reducida su jornada de trabajo por cuidado del menor, era beneficiario de la prestación. A tales efectos, se ha aplicado por analogía lo establecido por el TS para el supuesto de Incapacidad Temporal y Maternidad<sup>34</sup>. Así, se ha estimado que no existe causa justificada para extinguir la prestación antes de la sentencia firme que declare la nulidad del despido. Según se señala, “el modo de conciliar ambas previsiones normativas es considerar que el trabajador despedido, durante la tramitación del proceso de despido, puede adquirir con efectos retroactivos la situación de asimilación al alta, en caso de nulidad sobrevenida del despido”. Así, según se indica, la entidad gestora percibirá las cotizaciones correspondientes a los salarios de tramitación, y de otro lado quedará obligada al abono, en nuestro caso, de la prestación por cuidado del menor<sup>35</sup>.

Igualmente algún Tribunal se ha pronunciado respecto de la concurrencia de la causa suspensiva prevista en el artículo 7.2 RD.1148/2011, concretamente durante el descanso por maternidad<sup>36</sup>. Ahora bien, de forma errónea a nuestro entender. El supuesto de hecho parte del nacimiento de mellizos prematuros en el que la progenitora disfruta del descanso por maternidad y el progenitor solicita la reducción de jornada por cuidado del menor. No resultando controvertida la inclusión de la situación de los neonatos en el anexo del citado RD., el Tribunal entiende que, disfrutando la madre del descanso por maternidad y al amparo de lo señalado en el artículo referenciado, no concurre supuesto protegido que permita otorgar al progenitor demandante la prestación por cuidado del menor. A tal efecto, se indica que, “si uno de los progenitores no está sujeto a la dedicación que requiere toda actividad laboral, se ha de interpretar que la norma reguladora de esta prestación no ampara la situación...ya que la madre, que está en situación de baja por maternidad, puede prestar a su hijo la atención que requiere la enfermedad”.

Al hilo de este último supuesto planteado y de la argumentación del Tribunal, creemos que, si bien el contenido del fallo pudiera ser la desestimación del derecho a la prestación objeto de la controversia, otros deberían haber sido los argumentos esgrimidos conducentes al mismo. La

<sup>32</sup> STSJ de Cataluña (Sala de lo Social), nº 3681/2014, de 20 de mayo.

<sup>33</sup> STSJ de Cataluña (Sala de lo Social), nº 239/2018, de 17 de enero.

<sup>34</sup> Respecto de la prestación de Incapacidad Temporal, STS (Sala de lo Social), nº de recurso 4037/2003, de 22 de julio de 2004. Respecto de la prestación de Maternidad, STS (Sala de lo Social), nº de recurso 2259/2013, de 3 de junio de 2014.

<sup>35</sup> STSJ Cataluña (Sala de lo Social), nº 2089/2015, de 20 de marzo.

<sup>36</sup> Sentencia del Juzgado de lo Social de Madrid, nº 7/2013, de 9 de enero.

causa suspensiva alegada, disfrute del descanso por maternidad, lo es en el supuesto de concurrencia de las prestaciones en el mismo beneficiario. Lo que se deduce al indicar el párrafo segundo del precepto que, no obstante dicha suspensión, pueda reconocerse a otra persona el disfrute de la prestación por cuidado del menor, si aquella en la que concurre la causa suspensiva no pudiera atender al menor en periodo de descanso obligatorio de maternidad por nacimiento de un nuevo hijo. Procede, a nuestro parecer, en este caso, la necesidad de aplicar la doctrina del TS ya reseñada en cuanto a la apreciación de las singularidades del caso concreto<sup>37</sup>. A tal efecto, debe indicarse que lo esencial es analizar en primer lugar, si concurren en alguno de los dos prematuros las necesidades de cuidado directo, continuo y permanente que constituye, como señalábamos, premisa de la situación protegida. Si así fuera, debe entenderse que el supuesto de hecho podría incluirse en la excepción del párrafo 2 si la progenitora se encontrara en el periodo de descanso obligatorio al que se refiere el precepto, debiendo interpretar de modo extensivo la expresión “nacimiento de nuevo hijo”, ya que si entendemos que lo que ha llevado al legislador a introducir dicha excepción es la finalidad de ese periodo de descanso obligatorio – la recuperación de la madre-, el mismo debe ser también reconducido al supuesto de parto múltiple. Evidentemente, la no concurrencia de lo normativamente exigido en cuanto a hablar de “cuidado”, con las características exigidas, o de descanso obligatorio supondría el no reconocimiento de la prestación solicitada por el progenitor pero, estimamos que en base a esta argumentación jurídica no a la causa suspensiva alegada por el Tribunal.

Hemos de señalar que si bien expresamente no se contempla como causa de suspensión o extinción, el no reunir los requisitos exigidos para generar derecho a la prestación, la no concurrencia de los mismos una vez devenida la prestación, tanto si no existieron en el origen por error en la apreciación de su concurrencia como si existiendo en origen se entiende han dejado de existir, lleva a reconocer la procedencia de la suspensión o extinción de la prestación.

## VI. LA CONEXIÓN DE LA SITUACIÓN PROTEGIDA CON EL PRINCIPIO DE IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN

La naturaleza de la situación protegida inherente a la función de cuidado y la ineludible asunción de dicha función mayoritariamente por las mujeres ha supuesto su conexión, en algunos de los pronunciamientos judiciales analizados, con el principio de igualdad y no discriminación. Así, en relación con la determinación de la base reguladora en supuestos de reducción de jornada para ejercer la función de cuidado previa a la inclusión en nuestro Ordenamiento de la situación protegida, se señala como constituiría un trato discriminatorio indirecto, no otorgar en toda su extensión a esta prestación el alcance real que le es propio ya que, en otro caso, ello originaría un tratamiento peyorativo al colectivo de mujeres desde el mismo momento en el que son ellas las que, por regla general, se ocupan del cuidado permanente, directo y continuo de los menores<sup>38</sup>.

Las características de la situación protegida lleva en otras ocasiones, dada la susceptibilidad originada por la situación, a responder por los Tribunales ante pretensiones indemnizatorias al entender el beneficiario vulnerados el derecho a la igualdad y no discriminación. En este sentido, la estimación del derecho a la prestación frente a la extinción de la misma llevada a cabo por parte de la entidad responsable por la consideración de no concurrencia de los requisitos previstos, origina la demanda por parte de la afectada solicitando una indemnización al entender vulnerados tales derechos, alegando que la Mutua ha actuado arbitrariamente vulnerando el artículo 4 de la LOIHM y el artículo 9.2 CE, discriminando a la progenitora, beneficiaria de la prestación, al impedirle continuar conciliando su vida personal y familiar. Ante dicha pretensión, el Tribunal se pronuncia entendiendo que la Mutua, al dar por finalizada la prestación económica, en ningún caso hace presuponer que haya actuado deliberada y voluntariamente con un móvil discriminatorio hacia la menor discapacitada causante de la prestación o hacia la persona de su madre. La decisión de la

<sup>37</sup> STS (Sala de lo Social), nº 93/2018, de 5 de febrero.

<sup>38</sup> STSJ de Madrid (Sala de lo Social), nº 400/2014, de 9 de mayo.

Mutua no estaba basada, en relación a la menor, en su condición de discapacitada ni, en relación a la madre, en impedirle que pudiera conciliar su vida familiar y laboral; no existiendo así indicios suficientes que lleven a entender vulnerados tales derechos y por ende, a reconocer indemnización alguna<sup>39</sup>.

En otras ocasiones, el mismo pronunciamiento judicial trata de delimitar la diferencia entre la vulneración del principio de no discriminación previsto en el artículo 14 CE y la nulidad del despido por el plus de protección que el legislador ha otorgado a la extinción del contrato de trabajo que se produzca durante el tiempo que el trabajador está en esta situación protegida. Así, en un supuesto de despido al no superarse el periodo de prueba y alegarse por la progenitora, la cual disfrutaba de la prestación por cuidado, que ha sido esta circunstancia la que ha llevado indirectamente a la rescisión del contrato durante el periodo de prueba, señala el Tribunal que en este caso, “dicha vulneración, de forma principal, se enmarca en el ámbito legal, no constitucional, pues se incardina en los supuestos contenidos en el artículo 55.5 TRET”, es decir, “el legislador les ha querido otorgar un plus de protección, que de otra manera no lo hubiere tenido, pues no son los protegidos propiamente derechos fundamentales, los que se intentan tutelar”. A la vista de lo señalado, la demostración de causa justificativa del despido en base a múltiples errores de la trabajadora y a quejas de los clientes recibidos por la empleadora, llevan al Tribunal a no admitir la nulidad del despido, entendiendo justificada y acorde a derecho la decisión extintiva de la empresa<sup>40</sup>.

## VII. EL DISFRUTE DEL PERMISO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 49 E) DEL ESTATUTO BÁSICO DEL EMPLEADO PÚBLICO

El artículo 49 e) del EBEP reconoce, bajo la rúbrica de “Permisos por motivos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, por razón de violencia de género y para las víctimas de terrorismo y sus familiares directos”, el permiso por cuidado de hijo menor afectado por cáncer u otra enfermedad grave. De conformidad con lo señalado, el funcionario tendrá derecho, siempre que ambos progenitores, adoptantes, guardadores con fines de adopción o acogedores de carácter permanente trabajen, a una reducción de la jornada de trabajo de al menos la mitad de la duración de aquélla, para el cuidado, durante la hospitalización y tratamiento continuado, del hijo menor de edad afectado por cáncer (tumores malignos, melanomas o carcinomas) o por cualquier otra enfermedad grave que implique un ingreso hospitalario de larga duración y requiera la necesidad de su cuidado directo, continuo y permanente. En dicho ámbito, no procede el reconocimiento de prestación económica del Sistema de la Seguridad Social, a diferencia de lo previsto en el ámbito laboral sino que se opta por mantener las retribuciones íntegras del funcionario que disfrute de dicha reducción. Retribuciones íntegras que se mantendrán con cargo a los presupuestos del órgano o entidad donde venga prestando sus servicios.

Como puede colegirse de lo expuesto, idéntica es la situación susceptible de originar el derecho a la reducción de jornada de los progenitores, adoptantes etc.... De ahí que, similares cuestiones a las previstas anteriormente en el ámbito laboral se hayan originado también en el ámbito de la función pública.

Uno de tales aspectos es el del requerimiento de “cuidado directo, continuo y permanente”. No obstante la identidad de la situación señalada, debe apreciarse la concurrencia de un matiz diferenciador. El desarrollo reglamentario llevado a cabo por el RD.1148/2011, supone la asimilación, en virtud de lo señalado en su artículo 2 segundo párrafo, entre el “ingreso hospitalario de larga duración” y la continuación del tratamiento médico o el cuidado del menor en domicilio, tras el diagnóstico y hospitalización por la enfermedad grave. Matización que a su vez, como hemos podido advertir, ha sido interpretada de modo extensiva por la sala de lo social del TS, al entender que la escolarización del menor no supone *per se* la exclusión de la necesidad de

<sup>39</sup> STSJ de Cataluña (Sala de lo Social), nº 7202/2017, de 23 de noviembre.

<sup>40</sup> STSJ de Cataluña (Sala de lo Social), nº 6598/2017 de 15 de enero de 2018.

dicho cuidado directo, resaltando asimismo la necesidad de apreciar caso a caso sus especiales y singulares circunstancias concurrentes, a la hora de determinar ese cuidado directo, continuo y permanente<sup>41</sup>.

En cuanto a la primera matización, en este ámbito debe traerse a colación el Acuerdo de 8 de mayo de 2013 de la Comisión de Coordinación del Empleo Público, sobre la aplicación del permiso previsto en el artículo 49, letra e) del EBEP relativo al permiso por cuidado de hijo menor afectado por cáncer u otra enfermedad grave. Dicho Acuerdo establece en el punto 1 la admisibilidad de que, en el caso de enfermedad grave que no sea cáncer, quepa considerar “como ingreso hospitalario de larga duración”, la continuación del tratamiento o cuidado del menor tras el diagnóstico de la misma, sin que se exija sistemáticamente que el ingreso hospitalario prolongado y la necesidad de cuidado directo, continuo y permanente sean circunstancias que hayan de darse simultáneamente. Interpretación que ha sido así acogida por los Tribunales en sus pronunciamientos<sup>42</sup>.

Sin embargo, pese a lo señalado, la interpretación del precepto ha llevado a pronunciamientos dispares en lo concerniente a la apreciación del “cuidado directo, continuo y permanente, apreciándose la concurrencia o no del cuidado de manera diferente en los pronunciamientos de las salas de lo contencioso de los Tribunales. Así se desestima la necesidad del cuidado requerido en supuestos de Diabetes Mellitus I al no tener por acreditados, a la vista del informe médico aportado, la necesidad de cuidado directo, continuo y permanente, al hacer el menor vida normal y estar escolarizado, reconociéndose la asunción de cierta autonomía del mismo<sup>43</sup>. O bien, al entender que los 9 años de edad del menor, su plena integración escolar y extraescolar y su buena adhesión al tratamiento y controles trimestrales, no requieren tal cuidado directo<sup>44</sup>. O que no se cumple la exigencia de cuidado pese a estar afecto por enfermedad grave y tener reconocida en Grado III Gran dependencia, al considerar el Tribunal que el cuidado no se requiere por la escolarización del menor<sup>45</sup>. O incluso algún Tribunal, en base a una interpretación restrictiva y estrictamente literal del precepto (errónea a nuestro juicio y contraria a las directrices de la propia Administración) ha llevado a rechazar la prestación en supuestos de enfermedades de carácter permanente. Así, se indica que la inclusión por el legislador de la conjunción “y” en lugar de “o” como nexo de unión entre “ingreso hospitalario de larga duración” y “necesidad de su cuidado directo, continuo y permanente”, supone que no cualquier enfermedad grave puede tener cabida en este supuesto sino solamente aquella que requiere hospitalización con carácter coyuntural y transitorio para que el menor vuelva a la normalidad; de modo que si se transforma en una situación de larga duración debe requerirse un tratamiento jurídico diferente, quedando pues excluidas las situaciones permanentes de gran dependencia que han de ser cubiertas con otras prestaciones y otros permisos<sup>46</sup>.

Respecto de la doctrina del TS sobre la “escolarización del menor”, su concurrencia no ha dejado de ser controvertida en este ámbito. En supuestos de índole similar los pronunciamientos son dispares. Así, menor de 8 años afecto de enfermedad, al no estimarse su autonomía y no poder el centro escolar afrontar los cuidados en situaciones de urgencia, que pudieran dicha enfermedad ocasionar, llevan a estimar esa necesidad de cuidado y a admitir la concesión del permiso<sup>47</sup>, sin que en otros casos en los que concurre la misma enfermedad se considere que la escolarización tenga nada que ver con el supuesto, al pretender ésta la intención de la mejor integración del menor y sin que ella suponga que el menor no tenga necesidad de los cuidados requeridos<sup>48</sup>.

<sup>41</sup> STS (Sala de lo Social), nº 568/2016, de 28 de junio y STS (Sala de lo Social), nº 93/2018, de 5 de febrero.

<sup>42</sup> En este sentido, entre otras, STSJ de Baleares (Sala de lo Contencioso), nº 404/2017, de 4 de octubre; STSJ de Murcia (Sala de lo Contencioso), nº 763/2016, de 10 de octubre.

<sup>43</sup> STSJ de Valencia (Sala de lo Contencioso), nº 67/2018, de 7 de febrero. En sentido similar, SAN (Sala de lo Contencioso), nº 884/2017, de 13 de diciembre.

<sup>44</sup> STSJ de Valencia (Sala de lo Contencioso), nº 561/2017, de 20 de diciembre.

<sup>45</sup> STSJ Andalucía (Sala de lo Contencioso), nº 121/2017, de 1 de febrero.

<sup>46</sup> STSJ de las Islas Canarias (Sala de lo Contencioso), nº 162/2016, de 20 de junio.

<sup>47</sup> STSJ de País Vasco (Sala de lo Contencioso), nº 476/2017, de 23 de octubre.

<sup>48</sup> STSJ de Castilla-La Mancha (Sala de lo Contencioso), nº 481/2017, de 4 de diciembre.

Lo expuesto, sintetizado en la disparidad de apreciación de las mismas circunstancias en el ámbito del EBEP y del TRET, ha llevado a plantear recurso de casación contencioso administrativo ante el TS. Recurso de casación admitido al entenderse que tiene interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia la siguiente cuestión: i) si el artículo 49 e) EBEP resulta de aplicación en aquellos supuestos en que no resulta necesaria la hospitalización del menor y ii) si, entendiéndose que no resulta necesaria dicha hospitalización, el cuidado directo, continuo y permanente, puede ser interpretado de forma compatible con la escolarización del menor<sup>49</sup>. Estando pendiente a la fecha el pronunciamiento del Tribunal podemos entender que la sala de lo contencioso, dada la identidad del supuesto, seguirá, a estos efectos, la doctrina sentada por la sala de lo social. Ahora bien, en este punto debe destacarse la existencia de ciertas disposiciones normativas de desarrollo de carácter autonómico, en las que se ha incorporado respuesta a ambas cuestiones<sup>50</sup>.

Otro de los aspectos cuestionables y respecto de los que se ha pronunciado algún Tribunal es el porcentaje de reducción de jornada admisible, partiendo de que no es discutible el mínimo del 50 % exigido por la norma. El caso concreto que se analiza es el alcance de la reducción al 100 %. A este respecto, se entiende por el Tribunal que la concreta reducción del permiso debe ser determinada por la Administración, atendiendo a las circunstancias del caso y siempre adoptando el permiso en la medida en que pueda ser más protegible el derecho a la conciliación y el interés del menor. De modo que si para responder a tal fin, el porcentaje debe ser del 100 %, no habiendo motivos que afecten al servicio, no hay impedimento legal alguno para adoptar esta medida<sup>51</sup>. En este punto, discrepamos de la solución ofrecida por el Tribunal, siguiendo a este respecto lo señalado por la jurisdicción de lo social. Si bien es cierto que las disposiciones aplicables son distintas en uno y otro caso, no puede negarse que la interpretación dada por la jurisdicción de lo social es aplicable a lo señalado por el EBEP. Así, “la finalidad de la norma no es permitir a los trabajadores/ras cesar en la prestación de sus servicios, sino que puedan reducir su jornada de trabajo para cuidar al menor sin merma salarial”<sup>52</sup>. No podemos olvidar que lo legalmente previsto, tanto en el TRET como en el EBEP es una reducción de jornada no un supuesto de excedencia. La admisibilidad de una reducción del 100 % de la jornada bien con el reconocimiento de la prestación correspondiente de la Seguridad Social bien con las retribuciones íntegras, conduciría a una nueva figura cual sería la excedencia voluntaria retribuida. Entendiéndose que no ha sido esta la finalidad del legislador, ni en el TRET ni en el EBEP, al incluir una figura como la que es objeto de estudio.

En conexión a lo anterior, debe hacerse mención al ya citado Acuerdo de 8 de mayo de 2013 de la Comisión de Coordinación del Empleo Público. En el punto 2 de dicho Acuerdo se señala que, “en el desarrollo reglamentario de la previsión contenida en el citado artículo 49 letra e), de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, se concreten los supuestos en los que es aplicable, los criterios para la valoración de los documentos que se aporten y los porcentajes de reducción de jornada retribuida que deban concederse por encima del mínimo legal del 50 %.”. Así, ciertamente se ha hecho por algunas Administraciones, al establecer la reducción

<sup>49</sup> ATS (Sala de lo Contencioso), nº de recurso 78/2018, de 11 de junio.

<sup>50</sup> Instrucción Vigésimo Primera de la Resolución de la Consejería de Hacienda de la Junta de Galicia de 24 de febrero de 2016, de la Dirección General de la Función Pública, por la que se dictan instrucciones sobre el régimen de vacaciones, permisos y licencias (DOG de 4 de marzo); Artículo 4 Decreto 154/2017, de 3 de octubre, de las Consejerías de Hacienda y Administraciones Públicas de la Junta de Andalucía, por el que se regula el permiso del personal funcionario para atender el cuidado de hijos e hijas con cáncer u otra enfermedad grave. (BOJA de 16 de octubre). Siendo de entre ellas, solo esta última disposición la que contiene mención expresa a la escolarización en la línea de la doctrina de la Sala de lo Social del TS al señalarse que “el hecho de que los hijos, hijas o menores enfermos estén escolarizados no impide apreciar, en cada supuesto concreto y de conformidad con el correspondiente informe médico, que concurren las circunstancias exigidas”

<sup>51</sup> STSJ Aragón (Sala de lo Contencioso), nº 2/2017, de 13 de enero.

<sup>52</sup> STSJ Asturias (Sala de lo Social), nº 1241/2017, de 23 de mayo



de jornada diaria en cuatro horas o en la mitad de la misma<sup>53</sup>; en el 75 %<sup>54</sup> o, con carácter general en el 50 % y solo en circunstancias de excepcional gravedad alcanzar el 99 %<sup>55</sup>. Únicamente señalar al respecto, al entender que no es objeto del presente análisis, la duda que nos suscita el establecimiento de dichas horquillas limitativas por encima del 50 %, al entender que, no alcanzando el 100 % de la jornada, será el propio funcionario el que determinará el porcentaje de reducción a disfrutar. Desde nuestro punto de vista, el Acuerdo de la Comisión de Coordinación del Empleo Público de 2013 está siendo más restrictivo en sus atribuciones de lo que es el EBEP, en lo que concierne a acordar la fijación de dichos porcentajes por las Administraciones. El EBEP, al igual que hace el TRET respecto de los Convenios Colectivos, prevé la posibilidad de reglamentariamente establecer las condiciones y supuestos en los que esta reducción de jornada se pueda acumular en jornadas completas, pero no entendemos se de cabida a la posibilidad de acotar el porcentaje de la reducción posible a disfrutar.

En otro orden de cosas, hacer mención a la estimación parcial del derecho a indemnización en aquellos casos en los que se denegó la reducción de jornada por la Administración en la que se prestaban servicios, siendo posteriormente reconocida la misma por vía judicial. Si bien, el Tribunal circunscribe la indemnización a las retribuciones correspondientes al periodo que no se permitió disfrutar de dicha reducción en el porcentaje que se solicitó, desestimando las pretensiones de la interesada respecto de la indemnización por los gastos de cuidado directo, por daños morales, familiares y sociales así como por los daños ocasionados a la salud del menor, al entenderse no habían quedado en el supuesto de autos debidamente acreditados<sup>56</sup>.

## VIII. CONCLUSIONES

1. La subjetividad en la apreciación de alguno de los requisitos exigidos para el reconocimiento o no de la reducción de jornada y por ende, de su protección económica, de naturaleza prestacional en unos casos y retributivas en otras, supone la necesaria intervención de los Tribunales en numerosas ocasiones. Uno de tales requisitos es el del “cuidado directo, continuado y permanente del menor”. Ello, unido a las características propias de algunas de las enfermedades tasadas que, no es ya evidentemente no incidan igual en todos los pacientes sino que incluso en su fase evolutiva pueden tener distintas manifestaciones en el mismo paciente, hace difícil atisbar una solución única y general ante la misma enfermedad. Por ello, entendemos es necesario, tal y como ha señalado el TS, estar al caso concreto, a las singularidades y particulares del supuesto, siendo difícil extrapolar consecuencias a unos y otros casos. Es esta, a nuestro juicio, una de las situaciones jurídicas previstas por nuestro Ordenamiento Jurídico en las que debe prevalecer la interpretación teleológica de la misma.

2. Interpretación finalista que debe asimismo reclamarse respecto de la exigibilidad de que ambos progenitores trabajen. Debe pues entenderse, como así se ha hecho en algunos pronunciamientos judiciales, que esta exigencia del legislador no es otra que la de entender que ninguno de los dos progenitores puede asumir la función de cuidado bien porque ambos trabajen o bien por la concurrencia de alguna otra circunstancia tal como ser familia monoparental o la incapacidad permanente absoluta de un progenitor. Excepciones que deberían hacerse extensibles a cualquier otra circunstancia que, debidamente acreditada, ponga de manifiesto que, no otorgar la

<sup>53</sup> Instrucción Vigésimo Primera de la Resolución de la Consejería de Hacienda de la Junta de Galicia de 24 de febrero de 2016, de la Dirección General de la Función Pública, por la que se dictan instrucciones sobre el régimen de vacaciones, permisos y licencias (DOG de 4 de marzo).

<sup>54</sup> Punto Cuarto nº 7 del Acuerdo del Consejo de Gobierno del Cabildo Insular de las Islas Baleares de 14 de julio de 2017, por el que se ratifica el Acuerdo de la Mesa Sectorial de Servicios Generales de 23 de junio de 2017 sobre condiciones de trabajo, vacaciones, permisos, licencias y otras medidas de conciliación del personal funcionario representado en la Mesa Sectorial de Servicios Generales (BOIB nº de 15 de julio).

<sup>55</sup> Artículo 4 Decreto 154/2017, de 3 de octubre, de las Consejerías de Hacienda y Administraciones Públicas de la Junta de Andalucía, por el que se regula el permiso del personal funcionario para atender el cuidado de hijos e hijas con cáncer u otra enfermedad grave (BOJA de 16 de octubre).

<sup>56</sup> STSJ de Castilla y León (Sala de lo Contencioso), nº 190/2016, de 16 de diciembre.

reducción de jornada al solicitante que reúne los requisitos, supondría dejar al menor sin el cuidado directo, permanente y continuo que su enfermedad reclama. Acogiendo dicha interpretación jurisprudencial estimamos que sería conveniente, como propuesta de *lege ferenda*, ampliar o incluir en lo reglamentariamente previsto o en los Acuerdos de la Administración respectivamente, no solo que el menor no pueda ser atendido por motivos de salud de la persona que se hacía cargo del mismo y se encuentre en situación de incapacidad temporal sino también por la concurrencia de cualquier otra circunstancia que imposibilite la asunción de dicha función de cuidado.

3. En relación a lo anterior, estimamos que la exigencia de que “ambos progenitores trabajen”, requiere una modificación a tenor de los nuevos modelos de familias existentes, principalmente para dar cabida a la familia monoparental en la que existe un solo progenitor. Si bien una interpretación amplia y finalista de la norma es a dicha conclusión a la que debe llevar, no es menos cierto que la interpretación literal y restrictiva de la misma ha conducido en ocasiones a exigir un pronunciamiento judicial. Pronunciamientos que podían ser evitados con una modificación de tal índole que supusiera un acercamiento de la realidad normativa a la realidad social imperante.

4. El análisis jurisprudencial realizado ha puesto de manifiesto, desde nuestro punto de vista, la necesidad de aplicar lo señalado por nuestro TC al indicar que: “la dimensión constitucional de las medidas normativas tendentes a facilitar la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, tanto desde la perspectiva del derecho a la no discriminación por razón de las circunstancias personales (artículo 14 CE), como desde la perspectiva del mandato de protección a la familia y a la infancia (artículo 39 CE), debe prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa que pueda suscitarse ante la aplicación a un supuesto concreto de una disposición que afecte a la conciliación profesional y familiar”<sup>57</sup>. Esta dimensión constitucional de la conciliación laboral y familiar se ha evidenciado en nuestro estudio bien porque así lo han manifestado propiamente los Tribunales en sus pronunciamientos y en virtud de la misma han emitido su fallo o bien porque erróneo hemos entendido el sentido del fallo al haberse omitido la aplicación de esa dimensión constitucional del derecho a la conciliación laboral y familiar. Dimensión constitucional que creemos debe ser puesta de relieve y marcar el sentido del fallo en todo proceso judicial que se plantee al hilo de la situación protegida analizada.

---

<sup>57</sup> STC 26/2011, de 14 de marzo (BOE de 11 de abril de 2011)

# CAPÍTULO X. LOS DERECHOS DE REAGRUPACIÓN FAMILIAR Y CONCILIACIÓN DE LOS TRABAJADORES MIGRANTES

BELÉN DEL MAR LÓPEZ INSUA

*Profesora Contratada Doctora (Acreditada como Titular de Universidad) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de Granada*

*"...el uso degenerado en abuso cada vez que el derecho es ejercido contrariamente a su finalidad. Todos los derechos, en efecto, tienen su finalidad y esta finalidad es social"*

Dabin, J<sup>1</sup>

## I. FLUJOS MIGRATORIOS Y REUNIFICACIÓN FAMILIAR: PANORÁMICA GENERAL DE UNA TEMÁTICA EN ETERNO CONFLICTO

Los constantes movimientos de personas migrantes conforman el día a día de una realidad cada vez más compleja. Ya sea por razones de inserción laboral, guerras, persecución/violencia, políticas o, simplemente, de mejora de las condiciones de vida<sup>2</sup>, lo cierto es que actualmente son muchas las familias que se separan a lo largo y ancho de nuestro globo. La mayoría de esos flujos migratorios se producen en países subdesarrollados en donde las condiciones de pobreza, carencias sanitarias y alimenticias o, incluso, de seguridad ciudadana hacen su presencia diaria, llegando así a esquilmar los recursos naturales de estos territorios. A muchos de estas naciones se unen otros factores como: la grandes desigualdades sociales, la falta de trabajo y el despilfarro público o -cuando no- también de violaciones de Derechos Humanos, lo que en su conjunto crea un profundo resentimiento en la población que normalmente desemboca en un tremenda e imparable inestabilidad política y social. De ahí que las familias busquen emigrar masivamente hacia otros Estados, con la única intención de mejorar sus condiciones de vida, trabajo, salud y educación. Desgraciadamente algunas de ellas no logran alcanzar sus sueños y perecen finalmente en su intento de huida debido al uso abusivo que las mafias y grupos organizados de trata de seres humanos hacen de los diversos estados de necesidad y, por lo tanto, de una realidad cada vez más necesitada de una respuesta urgente.

La migración familiar se ha convertido en el principal cauce de asentamiento de personas migrantes, tanto a nivel mundial como en la mayor parte de países integrantes de la Unión Europea (UE). Actualmente este derecho fundamental aparece recogido en diversos texto a nivel internacional y comunitario. Sin embargo, desde un punto de vista práctico, la reagrupación familiar genera fuertes tensiones con los derechos a la libre circulación de trabajadores, la conciliación de la vida laboral y familiar, así como el derecho a la intimidad y a la vida. Y ello es porque la normativa reguladora de este fenómeno aparece descrita de una manera somera, suave y genérica, lo que determina numerosas dudas en cuanto su aplicación efectiva, obligatoriedad y fuerza en el plano práctico de la misma. A este respecto, cabe diferenciar entre el *status jurídico* protector previsto para los sujetos protegidos por el derecho comunitario y los nacionales de

<sup>1</sup> DABIN, J: *El Derecho subjetivo*, edición al cuidado de J.L. MONEREO PÉREZ, Comares, Granada, 2006, pág. 322.

<sup>2</sup> Los patrones de migración atienden a variables históricas, geográficas, políticas y económicas, de acuerdo a la explicación de los analistas del Instituto de Políticas de Migración (MPI, por sus siglas en inglés). <https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-39059460>

terceros países, refugiados, asilados, apátridas... etcétera. Ello se traduce en la fijación de distintas escalas de ciudadanía y, por ende, de disfrute de los derechos de protección social<sup>3</sup>.

Resulta llamativa, en esta materia, la intervención de los distintos Tribunales para garantizar la protección de los derechos de los extranjeros (Tribunal de Justicia de la Unión Europea y Tribunal Europeo de Derechos Humanos). Y es que, a pesar de los múltiples pronunciamientos, lo cierto es que este derecho de reagrupación familiar se aleja de la consideración del mismo como un derecho fundamental en España, lo cual resulta contrario a la tendencia que, ya de por sí, sigue el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con el artículo 8 Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) y el elemento de la "nacionalidad". Precisamente, a través de las competencias en materia de inmigración de las que gozan los Estados Miembros del Consejo, España sigue considerando el derecho de reagrupación familiar como un derecho de configuración legal que conecta con al principio rector que enuncia el artículo 39 Constitución Española (CE) para la protección de la familia<sup>4</sup>. De ahí que, carezca éste de la protección reforzada de la que gozan ya los derechos fundamentales.

## II. INSTRUMENTOS NORMATIVOS EN MATERIA DE REAGRUPACIÓN FAMILIAR Y SU REPERCUSIÓN A NIVEL COMUNITARIO: VAIVENES EN LA DOCTRINA JUDICIAL DE LOS ALTOS TRIBUNALES EUROPEOS

El reconocimiento del derecho a la reagrupación familiar como derecho fundamental<sup>5</sup> en la UE resulta esencial no sólo como pauta o guía del comportamiento que deben seguir los distintos Estados miembro<sup>6</sup>, sino también como vía para el respecto a otros derechos conectados, a saber: la conciliación de la vida laboral-familiar y la integración social en el país de acogida<sup>7</sup>.

Algunos instrumentos internacionales reconocen la importancia de la familia, invitando así a los diferentes Estados a facilitar este derecho para asegurar efectivamente la consecución de la unidad familiar, el derecho a la vida y el respeto a la vida privada<sup>8</sup>. A este propósito, la Declaración Universal de los Derechos Humanos reconoce en su artículo 16, párrafo 3 que "la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado"<sup>9</sup>.

La familia, como elemento fundamental de la sociedad goza del derecho a la protección, no sólo de la sociedad en sí, sino también del Estado. Ahora bien, más allá de estas consideraciones genéricas, lo cierto es que en el ámbito internacional y comunitario se carecen de recursos normativos que reconozcan expresamente la reagrupación familiar como un derecho (y menos

<sup>3</sup> MONEREO PÉREZ, J.L: "Pilar Europeo de derechos sociales y sistemas de Seguridad Social", *Lex Social. Revista de Derechos Sociales*, Vol. 8. Núm.2 de 2018.

<sup>4</sup> GARCÍA LÓPEZ, M<sup>FE</sup>: *El Derecho a la reagrupación familiar de los extranjeros procedentes de terceros países*, Tesis Doctoral, Universidad de Salamanca, 2012.

<sup>5</sup> A este respecto, el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Sevilla ha reconocido, en su sentencia de 14 de febrero de 2018, que el derecho de los ciudadanos españoles a la reagrupación familiar de ciudadanos no comunitarios constituye un derecho fundamental. En efecto, considera este tribunal que el derecho a fundar una familia, el derecho a vivir en familia "es innegable" y "corresponde a todos los españoles que debe ser protegido por los poderes públicos, de modo que el establecimiento de requisitos para su ejercicio se debe realizar por una norma con rango de ley", un requisito que "no se cumple con la normativa española" que regula dicho derecho.

<sup>6</sup> FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A: "El derecho de reagrupación familiar de los extranjeros", *Revista Derecho y Conocimiento*, Vol. 1, 2002, págs. 375-395.

<sup>7</sup> SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C: "Cuestiones atinentes al derecho a la reagrupación familiar de los extranjeros de terceros países en España como instrumento para su inserción socio-laboral", *Revista de Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, nº63, 2006, pág. 297.

<sup>8</sup> En esta línea, véase los artículos 12 y 16 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, el artículo 12 del Convenio relativo al Estatuto Jurídico del trabajador inmigrante y el artículo 10.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966.

<sup>9</sup> Por su parte, el artículo 15 del Convenio Europeo de Derechos Humanos que también contempla los derechos inderogables, así como el artículo 27 de la Convención Americana de Derechos Humanos, nada indican de los derechos salvo el de no ser privado arbitrariamente de la vida, el de no ser sometido a tratamientos crueles, inhumanos o degradantes o al derecho a un proceso justo e imparcial.

fundamental), es por ello que para la regulación de esta materia haya que acudir a lo dispuesto por la legislación de los distintos Estados comunitarios (ámbito interno)<sup>10</sup>. Recuérdese, en este sentido, que el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos perdió ya su oportunidad de concretar más aquella previsión genérica de protección de la familia<sup>11</sup>, limitándose así a copiar descaradamente, en los artículos 17 y 23, lo establecido en la Declaración Universal de Derechos Humanos. Por todo ello, en donde no se generan e imponen obligaciones, los Estados acaban disponiendo de un amplio margen de apreciación que pueden llevar incluso a la negación del derecho, lo cual resulta llamativo a estas alturas del siglo XXI.

En el entorno propio del Colectivo Comunitario se reconoce el derecho a la reagrupación familiar de los nacionales de los Estados miembro y sus familiares (ascendientes, descendientes y cónyuge del solicitante) en distintas disposiciones, pero eso sí en base al derecho a la libre circulación que reconocen los instrumentos comunitarios<sup>12</sup>. Por esta razón, lo más apropiado sería recurrir a cierta armonización legislativa respecto al reagrupamiento familiar de los extranjeros extracomunitarios, ya que para los nacionales rige la Directiva 2003/86/CE del Consejo de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar<sup>13</sup>. De este modo, en base al artículo 63.3 a) del Tratado de la Comunidad Europea, se reconoce por primera vez a nivel europeo el derecho a la reagrupación familiar de los nacionales de terceros países que residen en el territorio de los Estados miembros. Sin embargo, cabe precisar que la regulación de este derecho queda subordinada al cumplimiento de determinadas condiciones previstas en el ordenamiento interno del Estado de que se trate.

Por todo ello, quedan fuera del ámbito de cobertura de la Directiva de 2003 los solicitantes de asilo, beneficiarios de protección temporal y subsidiaria, así como ciudadanos de la UE<sup>14</sup>. Para éstos la "Directiva 2001/55/CE del Consejo, de 20 de julio de 2001, relativa a las normas mínimas para la concesión de protección temporal en caso de afluencia masiva de personas desplazadas y a medidas de fomento de un esfuerzo equitativo entre los Estados miembros para acoger a dichas personas y asumir las consecuencias de su acogida", establece la posibilidad de una reagrupación familiar respecta a las personas desplazadas a través de la concesión de permisos<sup>15</sup>. Aparte habrá

<sup>10</sup> RODRÍGUEZ BAUTISTA, D: "Las directrices del Derecho a la reagrupación familiar de los extranjeros en la Unión Europea", VV.AA., UGARTEMEDIA ECEIZABARRERA, J.I (Dir), *La Tutela judicial de los Derechos Fundamentales en el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia de la Unión Europea*, Comunidad Autónoma de Euskadi, Instituto Vasco de Administración Pública, 2016, pág. 403.

<sup>11</sup> FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, P.A: "El derecho de reagrupación familiar de los extranjeros"...op.cit., pág. 376.

<sup>12</sup> Reglamento (CEE) N.º 1612/68 del Consejo, de 15 de octubre de 1968, relativo a la libre circulación de los trabajadores dentro de la Comunidad, publicado en Diario Oficial de la UE L 257, de 19 de octubre de 1968, pág. 2.

<sup>13</sup> "... se está favoreciendo una mayor diversificación del sistema normativo europeo aumentándose el riesgo de una competencia basada en recortar los estándares sociales..." Véase MONEREO PÉREZ, J.L: "Pilar Europeo de derechos sociales y sistemas de Seguridad Social"...op.cit, pág. 10 en su versión digital.

<sup>14</sup> SALES JARDÍ, M: "La protección de la vida familiar de las personas desplazadas, de las demandantes de asilo, de los refugiados y de los apátridas en el derecho Europeo", UNED. *Revista de Derecho Político*, n.º95, 2016, págs. 202-217.

<sup>15</sup> Otras normas que se refieren a esta materia y que contiene el denominado "paquete de asilo" son: Reglamento 603/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2013, relativo a la creación del sistema «Eurodac» para la comparación de las impresiones dactilares para la aplicación efectiva del Reglamento (UE) n.º 604/2013, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida, y a las solicitudes de comparación con los datos de Eurodac presentadas por los servicios de seguridad de los Estados miembros y Europol a efectos de aplicación de la ley, y por el que se modifica el Reglamento (UE) n.º 1077/2011, por el que se crea una Agencia europea para la gestión operativa de sistemas informáticos de gran magnitud en el espacio de libertad, seguridad y justicia (refundición) (DO n.º L 180, de 29-6-2013, págs. 1-30); Reglamento 604/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2013, por el que se establecen los criterios y mecanismos de determinación del Estado miembro responsable del examen de una solicitud de protección internacional presentada en uno de los Estados miembros por un nacional de un tercer país o un apátrida (Texto refundido) (DO n.º L 180, de 29-6-2013, págs. 31-59); Directiva 2013/32/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de junio de 2013 sobre procedimientos comunes para la concesión o la retirada de la protección internacional (refundición) (DO n.º L 180, de 29-6-2013, págs. 60-95) y Directiva 2013/33/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de junio de 2013 por la que se aprueban normas para la acogida de los solicitante de protección internacional (texto refundido) (DO n.º L 180, de 29-06-2013, págs. 96-116).

que tener en cuenta para este colectivo lo dispuesto por las leyes de extranjería y reglamentos de desarrollo de los Estados miembro<sup>16</sup>.

## 1. EL DERECHO A LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR A TRAVÉS DE LA DIRECTIVA 2003/86/CE

El principal instrumento elaborado por el colectivo comunitario e interpretado por los Altos Tribunales europeos para garantizar el derecho a la unidad familiar es el Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), el cual reconoce en su artículo 8 que: "1. Toda persona tiene derecho al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. 2. No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este derecho sino en tanto en cuanto esta injerencia esté prevista por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y las libertades de los demás".

En efecto, el artículo 8 del CEDH reconoce el derecho a la vida privada y familiar, sin embargo al no elevarlo al carácter de fundamental permite que cualquier autoridad pública pueda restringir su ejercicio. La cambiante jurisprudencia del TJUE y del TEDH dan cuenta de la enorme casuística y desafortunada aleatoriedad existente. Y es que, la estrategia de estudiar caso por caso constituye una auténtica lotería por parte de las autoridades nacionales, aparte de una fuente embarazosa de problemas para los tribunales, quienes lamentablemente emplean cada vez más el sistema de comparaciones entre asuntos resueltos y aquellos pendientes de enjuiciamiento<sup>17</sup>.

Para el CEDH la reagrupación familiar ha de atender a lo dispuesto por una norma nacional o, lo que es lo mismo, al principio de legalidad. Por lo que, la injerencia nacional sólo será posible siempre que con ello se trate de asegurar: la defensa de la seguridad nacional y la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral o la protección de los derechos y libertades para los demás. En este sentido, parece obvio que el Tribunal Europeo ejerza un control para asegurar la proporcionalidad de los actos de la autoridad pública, de modo que la medida restrictiva será conforme al CEDH si no excede de lo necesario, en una sociedad democrática, en la realización del objetivo perseguido<sup>18</sup>.

De acuerdo con esta idea, en ocasiones y ante determinadas circunstancias, queda condicionado el respeto efectivo del derecho a la vida privada y familiar por parte de las autoridades públicas no sólo al deber de abstenerse de restringir la libertad considerada, sino también una actitud intervencionista, como puede ser la expedición de un visado o la renovación de un permiso de residencia. Y ello es porque el artículo 8 del CEDH no impone una obligación general de autorizar la reagrupación. Así es, en virtud de las obligaciones positivas derivadas del artículo 8 del CEDH, los Altos Tribunales Europeos examinan la situación de las personas que solicitan el derecho al reagrupamiento familiar, a fin de determinar su entrada o no en el territorio de un Estado. Por lo que, de acuerdo con lo previsto por el artículo 8 del CEDH, podrá este derecho verse alterado por la concurrencia de intereses personales, particulares y/o generales. Constituye esta la principal cuestión problemática, de ahí que se reclame una cierta armonización comunitaria y una limitación en la actuación de los Estados miembro.

Al hilo de esta idea, resultan destacadas cuatro importantes sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). La primera es la sentencia de 21 de Diciembre de 2001, en el asunto *Sen c. Países Bajos*. Los demandantes denuncian aquí la violación del artículo 8.2 del CEDH ante la negativa a admitir la entrada y residencia de su hija menor de edad, residente en Turquía

<sup>16</sup> Ver la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia (Sala de lo Contencioso- Administrativo) de 6 de abril de 2017. Recurso número 1025/2016.

<sup>17</sup> CEDH, sentencia de 24 abril de 2006, asunto Requête N.º 22070/93 (*Boughanemi Vs. France*), en particular el punto 4.

<sup>18</sup> RODRÍGUEZ BAUTISTA, D: "Las directrices del Derecho a la reagrupación familiar de los extranjeros en la Unión Europea"... op.cit., pág. 406.

por parte de la legislación holandesa de extranjería. En concreto, los tribunales de los Países Bajos deniegan la solicitud de reunificación familiar en base a que la madre dejó en Turquía deliberadamente a su hija y no se puede demostrar que durante el tiempo que la familia ha vivido separada los progenitores hayan contribuido económicamente a su educación y manutención. Resulta muy interesante en esta sentencia la ponderación que, entre el interés general del Estado y su capacidad de controlar y restringir la entrada de extranjeros en su territorio (interés general versus interés particular), hace el TEDH. A esta ponderación inicial se ha de sumar el derecho a la reagrupación familiar como desarrollo del derecho al respeto de la vida familiar. Debe siempre primar el interés familiar de los hijos ya integrados en los Países Bajos, de ahí que dada la corta edad de la menor -que se pretende reagrupar- lo ideal es integrarla en su nuevo ambiente familiar. Y es que darle a la elegir entre el estatus del Estado de acogida y el original puede llegar a ser irracional, en este caso. Por lo que ha de favorecerse el interés del menor.

Seguidamente aparece la sentencia del TEDH de 1 de diciembre de 2005, en el asunto *Tuquabo-Tekle c. Países Bajos*<sup>19</sup>. En este caso, la señora Tuquabo-Tekle contrae matrimonio en 1992 con el señor Tuquabo, quien es refugiado residente en Holanda. Cuando recibe el permiso de residencia en Holanda, se traslada a dicho territorio con su hijo mayor. De ese matrimonio nacen dos hijos que obtienen la nacionalidad holandesa. No obstante, la requirente, había dejado dos hijos menores al cuidado de su abuela materna y un tío en Eritrea, fruto de un matrimonio anterior. En 1997 el matrimonio Tuquabo iniciaría trámites para la obtención del visado por parte de una de las hijas de la señora Tuquabo, fruto de su anterior matrimonio. Sin embargo, las autoridades holandesas negaron sistemáticamente el visado entendiendo que esta hija que había crecido en Eritrea no guardaba ningún vínculo con la nueva familia que se había creado en Holanda, y que la señora Tuquabo-Tekle no había mantenido ningún vínculo con sus familiares residentes en Eritrea, habiendo cesado de forma definitiva su vida familiar con ellos. Para la solicitante resulta primordial el hecho de que la hija menor de edad, residente en Etiopía, iba a ser obligada a casarse y es precisamente por eso por lo que solicita la reagrupación no por la imposibilidad de que los familiares no pudieran atenderla debidamente. A pesar de este argumento los tribunales entendieron que la madre no había hecho los esfuerzos necesarios para reunirse con sus hijos y volvieron a denegar el derecho de reunificación familiar.

En contra de lo que argumentaron los tribunales inferiores, el Alto Tribunal Europeo consideró que efectivamente, había existido una vulneración del artículo 8 del CEDH por parte de los Países Bajos al denegar la reagrupación de la menor con su madre puesto que ésta dejó a sus hijos en Etiopía mientras se asentaba en otro lugar.

En esta misma línea, finalmente, conviene hacer referencia a las Sentencias del TEDH 31 de enero de 2006, asunto *Rodriguez da Silva y Hoogkamer c. Países Bajos* así, como la sentencia de 31 de julio de 2008, asunto *Darren Omoregie y otros c. Noruega*. En estas sentencias el TEDH confirmó la existencia de una violación del artículo 8 del CEDH, al no existir un justo equilibrio o proporcionalidad entre los diferentes intereses que estaban en juego: el mantenimiento de la vida familiar de una madre y su hija -independientemente de la situación administrativa en la que se encontrase la madre- y, por otro lado, la prosperidad económica del país. Tras el examinar el Convenio de Roma, el TEDH llega a esta conclusión a raíz de la denegación de las autoridades holandesas, de una solicitud de residencia postulada por una persona que se encontraba en situación de irregularidad administrativa durante todo el tiempo que residió en el estado contratante<sup>20</sup>. En efecto, afirma el TEDH que: "si la creación de la vida familiar se produjo en una

<sup>19</sup> Para un conocimiento más exhaustivo véase GUTIÉRREZ NOGALES, S.D: "El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de reagrupación familiar de los menores y el interés superior del menor", *ReDCE* núm. 26. Julio-Diciembre de 2016.

<sup>20</sup> Posteriormente, esta línea jurisprudencial sería matizada con medidas antifraude con el firme propósito de evitar instaurar un precedente que generara un alcance extensivo del respeto a la vida familiar a situaciones concretas que parten de la irregularidad y que van en contra de las políticas migratorias. Ver GUTIÉRREZ NOGALES, S.D: "El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de reagrupación familiar de los menores y el interés superior del menor"...op.cit.

época en la que las personas afectadas eran conscientes del carácter irregular de su status migratorio, en tales casos, es probable que sólo en las más excepcionales circunstancias el rechazo del familiar extranjero constituya una violación del artículo 8 (...), sin tener ningún derecho a esperar que les sea concedido un permiso de residencia".

A nivel de Derecho interno, las medidas relativas al reagrupamiento familiar no constituyen una prioridad para los Estados europeos. Sin embargo, es del establecimiento de un espacio de libertad, seguridad y justicia -previsto en el Tratado de Ámsterdam- del que se requiere el establecimiento de unas políticas armonizadoras en esta materia. Así lo declaraba, el Consejo Europeo -a finales del siglo pasado- al afirmar que: "la Unión Europea debe garantizar un trato justo a los nacionales de terceros países que residen legalmente en el territorio de sus Estados miembros. Una política de integración más decidida debería encaminarse concederles derechos y obligaciones comparables a los de los ciudadanos de la Unión" y, de igual modo, se "reconoce la necesidad de aproximar las legislaciones nacionales sobre las condiciones de admisión y de residencia de los nacionales de terceros países" y se reafirma la necesidad de "tener en cuenta no sólo la capacidad de acogida de cada Estado miembro, sino también sus vínculos históricos y culturales con los países de origen"<sup>21</sup>.

En otras palabras, el derecho a la reagrupación familiar constituye una prioridad para la UE, pero la misma es consciente de las dificultades de aplicación efectiva de este derecho por los Estados miembros<sup>22</sup>. Lo que en sí pone entre dicho la capacidad legislativa de los países receptores, las fronteras naturales del colectivo comunitario y el establecimiento de unas condiciones adecuadas<sup>23</sup> para el reconocimiento de unos mínimos derechos humanos y fundamentales para las personas desplazadas.

En vista del intenso debate comunitario formulado y puesto de manifiesto por los delegados nacionales de los Estados miembro<sup>24</sup>, la Comisión Europea acepta negociar sobre las condiciones de implementación, pero no sobre el reconocimiento del derecho a la reagrupación familiar. Esta posición es la que actualmente se mantiene y recoge por parte de la Directiva 2003/86/CE y ello a pesar de que en el Libro Verde de 2011 -sobre el derecho a la reagrupación familiar- se pretendía fijar normas más eficaces<sup>25</sup>.

<sup>21</sup> Conclusiones de la Presidencia, Consejo Europeo de Tampere, 15-16 de octubre de 1999, SN 200/99.

<sup>22</sup> La Directiva deja a los Estados miembros un margen de apreciación demasiado amplio, y en algunos Estados miembros los resultados incluso han rebajado las normas al aplicar disposiciones "opcionales" de la Directiva sobre ciertos requisitos para el ejercicio del derecho a la reagrupación familiar de una forma demasiado amplia o excesiva. A este respecto, deben mencionarse, en especial, el posible período de espera, la edad mínima del reagrupante, el requisito relativo a los ingresos y las posibles medidas de integración. Véase el Informe de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo relativo a la aplicación de la Directiva 2003/86/CE sobre el derecho a la reagrupación familiar, COM (2008) 610 final, de 8 de octubre de 2008.

<sup>23</sup> SALES JARDÍ, M: "La protección de la vida familiar de las personas desplazadas, de las demandantes de asilo, de los refugiados y de los apátridas en el derecho Europeo"...op.cit., pág. 203.

<sup>24</sup> Las delegaciones nacionales estimaron que el reagrupamiento familiar debía ser considerado como un derecho, pero no como un derecho absoluto sin ninguna restricción. En este contexto la delegación austriaca proponía un alineamiento con el artículo 8 de la Convención Europea. Véanse los Resultados de los trabajos del Comité estratégico sobre inmigración, fronteras y asilo, Doc. 8336/00, de 19 de mayo de 2000. Ver RODRÍGUEZ BAUTISTA, D: "Las directrices del Derecho a la reagrupación familiar de los extranjeros en la Unión Europea"...op.cit., págs. 406-408.

<sup>25</sup> Se obtuvieron diversas contribuciones de mejora de parte de 24 Estados miembro. Véase *GREEN PAPER on the right to family reunification of third-country nationals living in the European Union (Directive 2003/86/EC)*, publicado en COM (2011) 735 final, 15 November 2011.

De igual modo, el Dictamen Comité Económico y Social Europeo sobre el "Libro Verde sobre el derecho a la reunificación familiar de los nacionales de terceros países que residen en la Unión Europea (Directiva 2003/86/CE)". Resulta importante destacar que el Comité Económico y Social Europeo ha acogido favorablemente la iniciativa de la Comisión Europea de organizar una amplia consulta pública acerca de la Directiva sobre la reunificación familiar. A este respecto, el Comité Económico y Social Europeo "... observa con preocupación que en el actual contexto político, económico y social, los debates sobre asuntos relacionados con la inmigración son muy delicados. La crisis financiera y económica ha afectado a las relaciones de solidaridad entre los individuos y ha abierto el camino a la radicalización del discurso y de las actuaciones políticas. Hay que destacar que las perspectivas demográficas y económicas europeas hacen que sea necesaria una apertura hacia los ciudadanos de terceros países que desean vivir en la UE. La sociedad (...)



En definitiva, la Directiva de 2003 reconoce el derecho a la reagrupación familiar y determina genéricamente las condiciones mínimas para su ejercicio. Idea ésta que confirma el mismo Tribunal de Justicia de la Unión Europea al indicar, en primer lugar, que el artículo 4.1 de la Directiva "impone a los Estados miembros obligaciones positivas precisas, que corresponden a derechos subjetivos claramente definidos, puesto que, en los supuestos determinados por la Directiva, les obligan a autorizar la reagrupación familiar de algunos miembros de la familia del reagrupante, sin que puedan ejercer su facultad discrecional"<sup>26</sup>. Y, en segundo lugar, habida cuenta de que la autorización de la reagrupación familiar es la regla general, las excepciones deben ser objeto de una interpretación restrictiva, por lo que el margen de apreciación que se reconoce a los Estados miembros no debe emplearse de una manera que menoscabe el objetivo de la Directiva, a saber, fomentar la reagrupación familiar, ni su eficacia<sup>27</sup>.

## 2. AVANCES Y RETROCESOS EN LA DOCTRINA DEL TJUE Y DEL TEDH: CONDICIONES PARA EL EJERCICIO DEL DERECHO A LA REAGRUPACIÓN FAMILIAR Y BENEFICIARIOS

Lo que realmente caracteriza a la doctrina judicial del Tribunal de Justicia de la UE y el TEDH son los constantes tiras y afloja en el reconocimiento del derecho a la reagrupación familiar. Paulatinamente la doctrina ha ido cambiando en un sentido más proteccionista hasta el punto de entender que en determinadas circunstancias se producen, en efecto, auténticas violaciones del artículo 8 del CEDH.

A la hora de evaluar las distintas solicitudes de reagrupación familiar, el TJUE (principalmente) ha marcado una línea divisoria clara en donde distingue tres requisitos que son necesarios<sup>28</sup>: 1) La duración de la residencia del solicitante como condicionante para el acceso al derecho a la reagrupación familiar, 2) la imposición de límites o el cumplimiento de requisitos por parte de los familiares del reagrupante para posibilitar la entrada en la UE y 3) el cumplimiento de tenencia de "recursos fijos y regulares suficientes" como condicionante para la integración familiar.

Respecto a la duración de la residencia requerida al trabajador migrante que solicita la reagrupación, el artículo 3 de la Directiva 2003/86/CE admite que ésta sea de aplicación "... cuando el reagrupante sea titular de un permiso de residencia expedido por un Estado miembro por un período de validez superior o igual a un año, y tenga una perspectiva fundada de obtener un derecho a la residencia permanente, si los miembros de su familia son nacionales de terceros países, independientemente de su estatuto jurídico". Por lo que, establece limitaciones temporales para el acceso al derecho a la reagrupación. Sin embargo, por su parte, el artículo 19.6 de la Carta Social no impone tales restricciones, sino que de manera general declara que los Estados firmantes habrán de comprometerse a "...facilitar en lo posible el reagrupamiento de la familia del trabajador extranjero a quien se le haya autorizado para establecerse dentro del territorio". A este respecto, el Comité Europeo de Derechos Sociales admite la existencia de roces entre ambas normativas, por lo que -teniendo en cuenta lo dispuesto por el Convenio europeo relativo al estatuto jurídico del trabajador de 1977<sup>29</sup>- entiende que resulta excesivo exigir un límite de residencia superior a un año para el disfrute del derecho a la reagrupación familiar. No obstante, la jurisprudencia comunitaria

---

europea tiene que permanecer abierta aunque existan fluctuaciones en el mercado laboral. Aunque necesario, el debate sobre la reunificación familiar, en el marco de la política de inmigración, puede cuestionar las reglas y las prácticas existentes, muchas de las cuales constituyen pasos importantes para conseguir objetivos políticos".

<sup>26</sup> Sentencia del TJUE, de 27 de junio de 2006, en el Asunto C-540/03 (Parlamento Europeo Vs. Consejo de la Unión Europea). De igual modo, la sentencia del TJUE de 4 de marzo de 2010, asunto C-578/08.

<sup>27</sup> Sentencia del TJUE, de 4 de marzo de 2010, en el Asunto C-578/08 (*Rhimou Chakroun Vs. Minister van Buitenlandse Zaken*).

<sup>28</sup> Para un estudio más exhaustivo véase FRATEA, C: "La protección de los migrantes internacionales a la luz de los más recientes desarrollos de la Directiva sobre el Derecho a la reagrupación familiar", en VV.AA., ALCAIDE FERNÁNDEZ, J Y PETIT DE GABRIEL, E.W., *España y la Unión Europea en el orden internacional*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2017, págs. 1153-1164.

<sup>29</sup> BOE núm. 145, de 18 de junio de 1983.

ya ha reconocido la superioridad del Convenio europeo de 1977 y de la Carta Social Europea, pues de acuerdo con la lectura del artículo 3 de la Directiva 2003 cabe llegar a esa conclusión<sup>30</sup>.

Ejemplar, en este punto, resulta el asunto *Abdulaziz, Cabales y Balkandali c. el Reino Unido* que describe la sentencia del TEDH de 28 Mayo 1985. En los tres supuestos que conforman esta sentencia, las demandantes -residentes legales del Reino Unido- pretendían que se declarara contrarias al derecho al respeto de la vida en familia las normas de control de inmigración llevadas a cabo por el Reino Unido, que no permitían la entrada y residencia de sus parejas (ciudadanos de terceros países) para poder desarrollar una vida en familia con los otros miembros de la familia que eran residentes legales en territorio británico. El TEDH centra el estudio del asunto en si la denegación de la reagrupación familiar vulnera o no el derecho al respeto a la vida familiar del artículo 8 del CEDH.

Las autoridades británicas alegan que las demandantes conocían perfectamente, al tiempo de contraer matrimonio, las dificultades que existían para que sus maridos pudiesen obtener la residencia legal en Reino Unido, por lo que consideran que no ha habido violación del derecho que se recoge en el artículo 8 del CEDH. Opinión que no convence al TEDH, quien entiende que la celebración del matrimonio basta para entender que debe prestarse una efectiva protección a la vida familiar y a la reunificación de los cónyuges, ya que para que exista una unión matrimonial real los cónyuges deben convivir juntos. Si bien, de este modo, se evita la posibilidad de que el matrimonio se hubiese celebrado con la única finalidad de obtener el permiso de residencia. Por lo que, se vulnera en este caso el artículo 8 del CEDH en relación con el derecho a la no discriminación, en cuanto que el ordenamiento británico restringe la posibilidad del cónyuge no nacional de obtener un permiso de residencia.

Lejos de la doctrina asentada por el TEDH, de nuevo en 2014 acontece un nuevo supuesto de reagrupación familiar que relaciona el artículo 8 del CEDH con el derecho a la no discriminación. Se trata del asunto *Biao v. Denmark*, en la sentencia del TEDH de 25 de marzo de 2014. Ahora bien, a diferencia del anterior caso, aquí el cónyuge era nacional de Dinamarca y su esposa natural de Ghana<sup>31</sup>. Las autoridades danesas habían rechazado la solicitud de reunificación familiar del matrimonio dado que no cumplían con el requisito de que sus vínculos agregados con Dinamarca fueran más fuertes que sus vínculos agregados con cualquier otro Estado donde pudieran vivir juntos - en este caso, Ghana (el llamado "requisito de arraigo"). Ellos afirmaban que la decisión violó sus derechos en virtud del artículo 8 del CEDH, ya que no perseguía un fin legítimo, al ser introducido para apuntar los ciudadanos daneses de origen étnico o nacional no danés. Alternativamente, si la denegación no se consideraba contraria al artículo 8, alegaron que era violatoria de la prohibición de no discriminación, conforme el Artículo 14 del CEDH, en conjunto con el artículo 8, ya que determinados grupos de ciudadanos daneses fueron tratados de manera diferente en relación con la reunificación familiar en Dinamarca<sup>32</sup>.

Sorprendentemente, el TEDH no consideraba que existiera vulneración alguna del artículo 14 y 8 del CEDH, sin embargo sí considera que quizás pueda existir una discriminación sin justificación objetiva, aunque no hay datos suficientes. Posteriormente, a fecha de 24 de mayo de 2016, el mismo TEDH revoca la sentencia del caso *Biao c. Dinamarca*. En efecto, recalca ahora el Tribunal que, aunque los Estados miembros del Consejo de Europa tienen regímenes diferentes en relación con la reunificación familiar, lo cierto es que ninguno de los 29 Estados estudiados realizaba una distinción de sus nacionales a la hora de otorgar o no el derecho a la reunificación

<sup>30</sup> FRATEA, C: "La protección de los migrantes internacionales a la luz de los más recientes desarrollos de la Directiva sobre el Derecho a la reagrupación familiar"...op.cit., pág. 1155.

<sup>31</sup> MARTÍN VILLEGAS, A: "La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de reagrupación familiar", *Revista Aequalitas*, nº38, 2016, págs. 22-23.

<sup>32</sup> En circunstancias análogas, quienes nacieron ciudadanos daneses estaban exentos del requisito de arraigo bajo la denominada "regla de 28 años" que establece que el requisito de arraigo no se aplica a los casos en que la persona residente que solicita la reunificación familiar haya sido ciudadano danés por 28 años, conforme lo establece el artículo 9 de la Ley de Migraciones danesa.

familiar. Por lo que, el Tribunal señala expresamente que la "regla de los 28 años" que actualmente estaba en vigor en Dinamarca supone una clara discriminación por etnicidad y nacionalidad.

Camina en esta misma senda la sentencia del TEDH recaída en el caso *Taddeucci y McCall c. Italia*, de 28 de julio de 2016. Este caso versa sobre la discriminación sufrida por una pareja homosexual formada por un ciudadano italiano y otro neozelandés. Los demandantes alegaron que se les había impedido vivir en Italia por motivos de orientación sexual, toda vez que el demandante de nacionalidad neozelandesa no pudo obtener un permiso de residencia "por razones familiares". Finalmente el permiso fue denegado porque solo se otorgaba a parejas casadas. Los demandantes alegaron que habían recibido un trato diferente en comparación con las parejas heterosexuales no casadas toda vez que estas podían acceder a dicho permiso una vez casados, mientras que ellos no<sup>33</sup>.

Entiende el TEDH que ambos demandantes tienen derecho a la vida familiar amparada por el artículo 8 del CEDH, siendo el tema nuclear el análisis comparativo realizado entre las parejas heterosexuales no casadas y las homosexuales no casadas. El Tribunal determina que, efectivamente, los demandantes se encuentran en una situación desventajosa por el mero hecho de tener una relación homosexual, toda vez que para ellos era imposible acceder al matrimonio para posteriormente poder solicitar el permiso "por razones familiares". Por todo ello, el TEDH afirma que no había motivos razonables y objetivos para limitar la noción de "miembro de la familia" a los cónyuges heterosexuales. De este modo, concluye reconociendo que el Estado italiano ha violado gravemente el artículo 8 en conjunción con el artículo 14 del Convenio.

El segundo requisito con el que cuenta el TJUE se refiere a la imposición de requisitos para la entrada en la UE a los familiares del solicitante residente la Unión. Principalmente son los países comunitarios con gran afluencia de inmigración (a saber: Francia, Alemania o Países Bajos) los que más limitan este derecho a la reagrupación familiar, poniendo así en tela de juicio el concepto de ciudadanía europea y el respeto a los derechos humanos fundamentales.

La sentencia del TJUE de 10 de julio de 2014, Asunto C-138/13. *Naime Dogan y Bundesrepublik Deutschland (Dogan)* resulta muy significativa. En ella el Tribunal examina la compatibilidad con el derecho de la UE de un conocimiento básico o capacidad lingüística por parte del familiar reagrupante. Se trata, en concreto, de la imposición al cónyuge del solicitante de la reagrupación familiar del requisito, previo a la entrada en el país comunitario, de un conocimiento básico en el idioma del Estado miembro. El TJUE concluye que los Estados miembros no pueden exigir a través de una normativa interna -introducida después de la entrada en vigor de los Protocolos Anejos al Acuerdo por el que se crea una Asociación entre la CEE y Turquía-, la aportación de una prueba conforme se tienen conocimientos lingüísticos para la expedición de un visado a los cónyuges de nacionales turcos residentes en el Estado miembro en el que desean entrar a efectos de reagrupación familiar. Para el Tribunal, resulta contraria al derecho de la UE la exigencia, por parte del país germano, de conocimientos elementales de alemán para la expedición de un visado a efectos de reagrupación de cónyuges de nacionales turcos que residan legalmente en su territorio.

Ciertamente, resulta alarmante la STJUE de 17 de julio de 2014, As. C-33/13, *Marjan Noorzja y Bundesministerin für Inneres*, la cual se asienta en la misma línea de la sentencia del TEDH de 2014, en el caso *Biao v. Denmark*. Y es que, en el asunto *Marjan*, el Tribunal afirma que el artículo 4.5 de la Directiva 2003/86/CE, debe interpretarse en el sentido de que dicha disposición no se opone a una normativa nacional que establece que los cónyuges y las parejas registradas ya deben haber cumplido la edad de 21 años en el momento de la presentación de la solicitud para poder ser considerados miembros de la familia con derecho a la reagrupación.

Con respecto al débil estatuto de refugiado, cabe mencionar la sentencia del TEDH de 19 de febrero de 1996, en el asunto *Gül c. Suiza*. Los hechos son los siguientes: "El señor Gül tiene nacionalidad turca y emigra a Suiza solicitando asilo político. En su país de origen deja a su mujer y

<sup>33</sup> CABRERA MARTÍN, M: "Crónica jurisprudencial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, mayo-agosto 2016", *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, número 55, 2016, págs. 1156-1157.

a sus dos hijos. Él comienza a trabajar en Suiza y tras varios años enferma lo que le hace beneficiario de una pensión de invalidez. Su mujer tras sufrir un accidente también viaja a Suiza para recibir el tratamiento adecuado puesto que en Turquía no puede hacerlo. Durante su estancia en Suiza tienen una tercera hija que es acogida en una casa ante la situación de sus progenitores. El asilo político se le deniega al señor Gül pero a cambio obtiene para él, su mujer y su hija una autorización de residencia por motivos humanitarios. Una vez regulada su situación decide solicitar la reagrupación familiar de los otros dos hijos que todavía residen en Turquía, ésta es denegada al considerar que los requisitos que se exigen para poder concederla no se cumplen. Además dicha reagrupación solo sería posible con respecto de uno de los hijos puesto que el otro ya era mayor de edad"<sup>34</sup>.

Reiterando doctrina anterior, el TEDH reconoce que si bien la familia se encuentra en una situación muy difícil desde el punto de vista humanitario, no existe injerencia ilegítima en la vida familiar al no haber obstáculos que impidan desarrollar la vida familiar en el país de origen. Se llega a dicha conclusión tras la aplicación "automata" del triple test convencional de control, al no considerarse suficientemente probado ni su condición de refugiado, ni la estrechez de los vínculos, ni tampoco la superación del test de obstáculos o *elsenhere* que impide la vida familiar en el país de origen. En definitiva, a juicio del tribunal de Estrasburgo tiene más importancia la intensidad de los vínculos con el lugar de origen, en concreto la nacionalidad y, menos la posible integración del extranjero reagrupante en el país de su residencia dada su precaria situación<sup>35</sup>.

Finalmente, sobre este segundo requisito, cabe destacar la sentencia del TEDH de 28 de noviembre de 1996, en el asunto *Ahmut contra Países Bajos*. Aquí el demandante, señor Salah Ahmut, es una persona nacional de Marruecos quien migró hacia los Países Bajos en 1986, dejando atrás a su esposa y cinco hijos. En 1990, obtuvo la nacionalidad holandesa, adicionalmente a su nacionalidad marroquí. El cuidado de sus hijos estuvo a cargo de su esposa en Marruecos y, luego de la muerte de ésta, por la abuela de los hijos. El señor Ahmut contrajo matrimonio con una mujer de nacionalidad holandesa, luego de haberse divorciado de su primera esposa; posteriormente, nuevamente se casó con una mujer marroquí que vivía en los Países Bajos. En mayo de 1990, el señor Ahmut matricula en un colegio de los Países Bajos a su hijo menor, para el cual solicita un permiso de residencia aprovechando que el mismo estaba de visita por el país europeo. La cuestión litigiosa se centra aquí en la doble nacionalidad holandesa-marroquí del señor Salah Ahmut y la protección del interés superior del menor. El Estado comunitario considera que para poder permitir la entrada de los menores en los Países Bajos han de valorarse elementos tales como: la edad, la lengua, el entorno en el que ha crecido, el grado de dependencia de los progenitores...etcétera. No obstante pese a la particularidad del vínculo comunitario se mantiene fuerte la rigidez a favor del derecho absoluto de los Estados de controlar la entrada de los no nacionales en su territorio y la indiscutible no obligación general de admitir en su territorio a familiares de los inmigrantes según la situación de los interesados y del interés general<sup>36</sup>. Siguiendo lo dispuesto por el artículo 8 del CEDH, no cabe deducir que para poder garantizar el derecho a la reagrupación familiar haya siempre que conceder el derecho de residencia a los inmigrantes<sup>37</sup>.

<sup>34</sup> Sobre toda esta problemática, véase ampliamente y con reflexión jurídico-crítica, AA.VV: *Refugiados y asilados ante el modelo social europeo y español. Estudio técnico-jurídico y de política del derecho*, Monereo Pérez, J.L. (Dir.), Triguero Martínez, L. (Coord.), Granada, Comares, 2017, *passim*.

<sup>35</sup> LA SPINA, E: "Diferentes pautas interpretativas para la admisión de familiares extranjeros en la jurisdiccional regional europea", *Revista de Estudios Jurídicos* n° 14/2014 (Segunda Época), pág. 6.

<sup>36</sup> MARTÍN VILLEGAS, A: "La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en materia de reagrupación familiar"...op.cit., pág. 25.

<sup>37</sup> En el examen de los casos, el Tribunal estimó que: "El hecho de que los demandantes se encuentren viviendo por separado es producto de la decisión de Salah Ahmut de asentarse en los Países Bajos en lugar de permanecer en Marruecos. Además de haber obtenido la nacionalidad holandesa desde febrero de 1990, el señor Ahmut retuvo su nacionalidad marroquí original. Por su parte, Souffiane tiene únicamente la nacionalidad marroquí. Por ello, el señor Ahmut no está impedido de mantener el grado de vida familiar que él mismo ha elegido al trasladarse a vivir a los Países Bajos, ni tampoco enfrenta ningún obstáculo en retornar a Marruecos. Ciertamente, Salah Ahmut y Souffiane se han visitado mutuamente desde que el segundo de ellos regresó a su país.

La situación administrativa del solicitante de la reagrupación familiar, ya generó cierta polémica en el asunto *Nuñez contra Noruega*, sentencia del TEDH de 28 de junio de 2011<sup>38</sup>. Valiéndose en la necesidad de dar prioridad al interés de reagrupación del menor y dejando de lado la problemática situación administrativa de la solicitante, el TEDH plantea una conclusión inesperada al entender que se está conculcando el artículo 8 del CEDH con la decisión de expulsión emitida y ratificada por las autoridades y tribunales noruegos. La Corte entiende que son más sólidos los vínculos que mantiene la solicitante con su país de origen que los que le unen a Noruega, ya que su ingreso en el país europeo tuvo lugar a la edad de 31 años. Por otro lado, el TEDH valora de forma crítica la demora en la que incurren las autoridades noruegas desde que le revocan el permiso de trabajo y residencia hasta que emiten su orden de expulsión. Por todo ello, el máximo garante de los Derechos Humanos sostiene que tal lentitud de actuación difiere en gran medida del interés de eficiencia y control migratorio por el que se constituyen las medidas administrativas que conllevan la expulsión de un extranjero en situación irregular. De modo que, en lo referente al interés superior de las menores, se tiene en consideración que las dos hijas nacieron y fueron criadas por la solicitante de reagrupación, manteniendo que ésta es muy importante en la vida de sus hijas. Así pues, el mero hecho de tener que salir del país -prohibida además su entrada durante un período de dos años- supondría un menoscabo y un sufrimiento de gran consideración para las menores, aunque se atribuya su custodia y cuidados a su progenitor. Entiende pues la Corte que un plazo de dos años es demasiado para que las niñas estén alejadas de su madre, por lo que apoyándose en el artículo 3 de la Convención de los derechos del niño, considera que debe primar el interés superior de las menores. En efecto, constituye ésta una cuestión de enorme peso a la hora de tomar una decisión por parte de una autoridad pública.

En este mismo sentido, pero ampliando la cobertura de protección que concede el artículo 8 del CEDH y la Convención sobre los derechos del niño, en el asunto *Osman v. Dinamarca*<sup>39</sup>, el

<sup>38</sup> La demandante de este asunto es una mujer de nacionalidad dominicana madre de dos hijas de siete y nueve años sobre la que versaba una orden de expulsión por parte de Noruega. Estas hijas nacieron y fueron criadas en el país noruego argumentando la demandante, Mirtha Ley de León Nuñez, que las infracciones por ella cometidas con respecto al derecho migratorio de Noruega de las que derivaba su orden de expulsión no debían ser suficientes como para separarla de sus dos hijas menores. La demandante había llegado al país escandinavo en el año 1996 siendo deportada dos meses después tras serle impuesta multa por un robo que cometió en una tienda. A su deportación le vino aparejada una prohibición de entrar en el país por período de dos años, si bien, haciendo caso omiso de tal prohibición, volvería a entrar cuatro meses después a Noruega con un pasaporte de identidad falsa. Obtendría su permiso de residencia tras casarse con un nacional noruego disfrutando de nuevos derechos fruto de su falsa identidad. Posteriormente se separaría de su marido y mantendría una nueva relación sentimental con el que sería el padre de sus dos hijas, de nacionalidad dominicana como ella. Un tiempo después rompe su relación sentimental con el padre de las niñas, quedándose ella con la custodia de ambas. Consecuencia de su identidad falsa, será detenida por la policía noruega, procediendo el Departamento de Inmigración a emitir una orden de expulsión de Noruega tras retirarle todos los permisos migratorios de los que disfrutaba. Tal orden de expulsión llevaba aparejada la sanción administrativa de tener prohibida la entrada en Noruega durante dos años. La demandante recurrió esta decisión hasta el Tribunal Supremo quien ratificaría la orden de expulsión. La custodia de las dos menores pasaría a su padre ante la probable expulsión de la madre y consecuente prohibición de entrada al territorio noruego por espacio de dos años. Véase el comentario que a esta sentencia realiza GUTIÉRREZ NOGALES, S.D: "El diálogo entre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de reagrupación familiar de los menores y el interés superior del menor"...op.cit.

<sup>39</sup> Sentencia del TEDH de 14 de junio de 2011. Los hechos que se relatan en la presente sentencia se centran en la denegación por parte del gobierno de Dinamarca de una rehabilitación de permiso de residencia de una ciudadana somalí, a la que le había caducado al ausentarse del país de acogida por tiempo superior a un año. La demandante en cuestión había pasado la mayor parte de su infancia en Dinamarca, cursando la totalidad de sus estudios en el país danés con un perfecto conocimiento del idioma del país de acogida. A la edad de 15 años por decisión de sus padres, viajó a Kenia para cuidar a su abuela, que se encontraba en un campo de refugiados en dicho país. Debe resaltarse que tal viaje fue realizado en contra de su voluntad, únicamente por decisión unilateral de sus progenitores. Con 17 años de edad solicitaría a Dinamarca el restablecimiento de su permiso de residencia con el objetivo de volver a reunirse con su familia, ya que su anterior permiso de residencia había expirado tras pasar más de un año fuera del territorio danés. Es importante señalar que en el momento en que realizó esa petición, la normativa migratoria danesa había cambiado sustancialmente por lo que para exigir solicitudes de reagrupación familiar de hijos menores, estos debían ser menores de 15 años, circunstancia que no concurría en la demandante. Puesto que la edad que tenía la demandante en el momento de su solicitud es el punto clave por el que le fue denegada la misma, el TEDH argumentaría que, en el

TEDH entiende que también deben ser objeto de protección máxima los hijos que fuesen mayores de edad. Así es, constituye esta la única forma para garantizar la sostenibilidad de la vida familiar de los denominados "adultos jóvenes" que no disfrutaban de un núcleo familiar propio.

Para el TEDH la denegación del permiso de residencia del joven reagrupante afecta a su vida privada y, especialmente, a su vida familiar. Debe por ello aplicarse los parámetros de control del artículo 8.2, lo cual justifica que los lazos familiares adquiridos en Dinamarca son notablemente más sólidos que los que podrían mantener la demandante en Kenia. Por todo ello, el TEDH concluye que existe una violación del artículo 8 del CEDH al no tenerse en cuenta de forma suficientemente garantista los intereses de la ciudadana somalí<sup>40</sup>.

El tercer y último requisito que fija el TJUE es el concerniente a la existencia de "recursos fijos y regulares suficientes", de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 7, apartado 1 de la Directiva de 2003 sobre reagrupación familiar: "Al presentarse la solicitud de reagrupación familiar, el Estado miembro de que se trate podrá requerir al solicitante que aporte la prueba de que el reagrupante dispone de: a) una vivienda considerada normal para una familia de tamaño comparable en la misma región y que cumpla las normas generales de seguridad y salubridad vigentes en el Estado miembro de que se trate...", así como la documentación que acredite que cuenta con los medios económicos suficientes para atender a las necesidades familiares, incluyendo la asistencia sanitaria en caso de no estar cubierta por la Seguridad Social<sup>41</sup>. Se trata éste de un requisito que ya ha sido analizado en la sentencia del TJUE de 21 de abril de 2016, en el asunto C-558/14, *Mimoun Khachab contra Subdelegación del Gobierno en Álava*. En ella los jueces han aclarado que el requisito de los "recursos fijos y regulares suficientes" no puede ser interpretado restrictivamente<sup>42</sup>, para lo cual resultará aconsejable seguir las directrices sobre la aplicación de la Directiva para la evaluación de la estabilidad y regularidad de los recursos. En este sentido, habrá de tenerse en cuenta los salarios mínimos nacionales, debiendo realizarse un pronóstico que indique, con un grado razonable de probabilidad, la disponibilidad de estos recursos en un futuro previsible<sup>43</sup>. Por lo que respecta a la naturaleza de dichos ingresos podrán éstos provenir de un puesto de trabajo, actividad autónoma o pagos basados en derechos previamente acumulados por el reagrupante (a saber: pensión de jubilación o invalidez).

Sin embargo, la parte más problemática de la Directiva de 2003 es aquella que indica que se considerarán que los recursos son suficientes cuando no resulte necesario "recurrir al sistema de asistencia social". Entendiendo por tal aquella que puedan conceder las autoridades públicas a nivel nacional, regional o local, sin que sea necesario acudir a ella para que la persona solicitante de la reagrupación pueda mantenerse a sí misma y a los miembros de su familia. Por lo que, atendiendo a las circunstancias concretas, podrá denegarse la solicitud de reagrupación cuando ello suponga una carga excesiva para el sistema de asistencia social durante su periodo de residencia. Se trata, por tanto, de un requisito que debe interpretarse ateniendo a la asistencia general y no a la especial que pueda generarse por necesidades excepcionales o imprevistas<sup>44</sup>.

---

momento de solicitar reunirse con su familia, aún era menor, si bien alcanzó la mayoría de edad en el momento de que las autoridades danesas le denegaron de forma definitiva tal solicitud.

<sup>40</sup> Ya en el año 2013 la CIDH recalco que "la participación de los niños adquiere especial relevancia cuando se trata de procedimientos que puedan tener carácter sancionatorio, en relación con una infracción al régimen migratorio, abiertos contra niños migrantes o contra su familia, sus padres, representantes o acompañantes, pues este tipo de procedimientos pueden derivar en la separación de la familia y en la subsecuente afectación del bienestar de los niños, independientemente de que la separación ocurra en el Estado que expulsa o en el Estado donde sean expulsados". Ver CIDH de 25 de noviembre de 2013, *Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia*.

<sup>41</sup> Artículo 54.1 del Real Decreto 557/2011, por el que se aprueba el reglamento de desarrollo de la LO 2/2009.

<sup>42</sup> El margen de apreciación reconocido a los Estados miembros no puede utilizarse, por tanto, de modo que menoscabe el objetivo de la Directiva, ni su efecto útil (sentencia de 6 de diciembre de 2012, O y otros, C-356/11 y C-357/11, EU:C:2012:776, apartado 74 y jurisprudencia citada).

<sup>43</sup> PASTOR SELLER, E Y MARTÍNEZ GALLARDO, B.J: "Análisis de las realidades de los procesos de reagrupación familiar y las respuestas de los servicios sociales municipales", *Acciones e Investigaciones Sociales*, nº34, 2014, págs. 27-50.

<sup>44</sup> FRATEA, C: "La protección de los migrantes internacionales a la luz de los más recientes desarrollos de la Directiva sobre el Derecho a la reagrupación familiar"...op.cit., pág. 1160.

No cabe confundir la asistencia social, en términos estrictos, con la Seguridad Social. Por lo que, de acuerdo con el artículo 14 de la LO 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la Ley Orgánica 4/2000, la persona extranjera residente legal en España podrá acceder a los servicios y prestaciones sociales, tanto generales como específicos, en igualdad de condiciones que los nacionales. Siendo así denegada la solicitud de reagrupación cuando el inmigrante se encuentre en esta situación. Ahora bien, cuando la percepción de una ayuda pública derive de una previa cotización por parte del trabajador extranjero, entonces no cabe emplear este argumento para denegar el derecho a la reagrupación familiar<sup>45</sup>.

A este respecto, resulta interesante la sentencia del TJUE (Sala Cuarta) de 21 de abril de 2016, caso *Mimoun Khachad contra la Subdelegación del Gobierno de Álava* en el asunto C-558/2014 en donde los tribunales españoles (Tribunal de Justicia del País Vasco) enuncian una cuestión prejudicial ante el Alto Tribunal Europeo<sup>46</sup>. En concreto, el órgano jurisdiccional remitente solicita, en esencia, que se dilucide si el artículo 7, apartado 1, letra c), de la Directiva 2003/86 debe interpretarse en el sentido de que permite a las autoridades competentes de un Estado miembro fundamentar la denegación de una solicitud de reagrupación familiar en una valoración prospectiva de la probabilidad de mantenimiento o no de los recursos fijos y regulares suficientes de los que debe disponer el reagrupante para su propia manutención y la de los miembros de su familia, sin recurrir al sistema de asistencia social de ese Estado miembro, durante el año siguiente a la fecha de presentación de la solicitud, valoración que se basa en la evolución de los ingresos obtenidos por el reagrupante durante los seis meses anteriores a dicha fecha<sup>47</sup>.

Recuerda el Tribunal de Justicia, que sobre esta cuestión ya ha declarado que el artículo 7, apartado 1, letra c), de la Directiva 2003/86 no puede aplicarse de forma que se vulneren los derechos fundamentales establecidos, en particular, en el artículo 7 de la Carta<sup>48</sup>. Ahora bien, el artículo 7 de la Carta no puede interpretarse en el sentido de privar a los Estados miembros del margen de apreciación de que disponen a la hora de examinar las solicitudes de reagrupación familiar y ello es porque las normas de la Directiva 2003/86 deben interpretarse y aplicarse durante

<sup>45</sup> MOYA ESCUDERO, M: "El Derecho a la reagrupación familiar en la Ley de Extranjería", *La Ley Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, n.º 21, 2000, pág. 1700.

<sup>46</sup> Según el órgano jurisdiccional remitente, la versión en lengua española y las versiones inglesa y francesa del artículo 7, apartado 1, letra c), de la Directiva 2003/86 emplean el verbo "disponer" en presente de indicativo y no en futuro. Por este motivo, dicho órgano jurisdiccional se pregunta si, a efectos de obtener la reagrupación familiar, el reagrupante debe disponer de "recursos fijos y regulares suficientes" en la fecha de presentación de la solicitud de reagrupación o si puede tomarse en consideración el hecho de que dispondrá de tales recursos durante el año siguiente a dicha fecha.

<sup>47</sup> Los hechos son los siguientes: "El Sr. Khachab, nacional de un tercer país y residente en España, es titular de una autorización de residencia de larga duración en dicho Estado miembro. El 20 de febrero de 2012 solicitó a las autoridades españolas una autorización de residencia temporal por reagrupación familiar a favor de su cónyuge, la Sra. Aghadar. Mediante resolución de 26 de marzo de 2012, la Subdelegación del Gobierno denegó la solicitud del Sr. Khachab indicando que éste no había acreditado disponer de recursos económicos suficientes para atender a las necesidades de la familia una vez reagrupada.

A raíz de lo anterior, el Sr. Khachab interpuso recurso de reposición, en vía administrativa, contra dicha resolución ante la Subdelegación del Gobierno, recurso que fue desestimado, mediante resolución de 25 de mayo de 2012, porque no realizaba ninguna actividad laboral, ni acreditaba disponer de medios económicos suficientes para cubrir las necesidades de la familia una vez reagrupada. A continuación, el Sr. Khachab interpuso recurso contencioso-administrativo contra la anterior resolución ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n.º 1 de Vitoria-Gasteiz. Mediante sentencia de 29 de enero de 2013, dicho órgano jurisdiccional confirmó la mencionada resolución basándose esencialmente en los motivos ya indicados en la resolución de 26 de marzo de 2012.

Posteriormente, el Sr. Khachab interpuso recurso de apelación contra la citada sentencia ante el Tribunal Superior de Justicia del País Vasco. En apoyo de su recurso, el Sr. Khachab alega que el órgano jurisdiccional de primera instancia no tuvo en cuenta un hecho nuevo al que había hecho referencia durante el procedimiento, a saber, que desde el 26 de noviembre de 2012 trabaja para una empresa de recogida de cítricos y dispone por tanto de un trabajo que le genera ingresos suficientes. Añade que es titular de una autorización de residencia de larga duración y que está casado con la Sra. Aghadar desde 2009. Afirma, además, que dispone de un alojamiento adecuado y que tiene acreditados más de cinco años de cotización en España. Por último, considera que debe tomarse en consideración la actual coyuntura económica, en la que es extremadamente difícil disfrutar de una situación continuada y efectiva de estabilidad laboral".

<sup>48</sup> Véase, en ese sentido, la sentencia de 6 de diciembre de 2012, O y otros, C-356/11 y C-357/11, EU:C:2012:776, apartado 77.

dicho examen, en especial, a la luz del mencionado artículo 7 de la Carta, como bien se deduce por lo demás de la redacción del considerando 2 de la citada Directiva, en donde se impone a los Estados miembros la obligación de examinar las solicitudes de reagrupación de modo favorable a la vida familiar.

Cabe examinar detenidamente el apartado 1, letra c) del artículo 7 de la Directiva de 2003, a saber: "recursos fijos y regulares suficientes para su propia manutención y la de los miembros de su familia, sin recurrir al sistema de asistencia social del Estado miembro de que se trate. Los Estados miembros evaluarán dichos recursos en función de su naturaleza y de su regularidad y podrán tener en cuenta la cuantía de los salarios y las pensiones mínimos, así como el número de miembros de la familia". Por lo que, siguiendo las conclusiones del abogado general (Sr. Paolo Mengozzi) presentadas a fecha de 23 de diciembre de 2015, cabe afirmar que: "... aunque la citada disposición no prevea expresamente esta facultad, de su propio tenor resulta, concretamente del empleo de los términos "fijos" y "regulares", que esos recursos económicos deben presentar cierta permanencia y continuidad. A este respecto, con arreglo al tenor del artículo 7, apartado 1, letra c), segunda frase, de la Directiva 2003/86, los Estados miembros evaluarán dichos recursos en función, en especial, de su "regularidad", lo que exige un examen periódico de su evolución. En consecuencia, no puede interpretarse que el tenor del artículo 7, apartado 1, letra c), de la Directiva 2003/86 se opone a que la autoridad competente del Estado miembro a la que se solicita la reagrupación familiar pueda examinar si se cumple el requisito relativo a los recursos del reagrupante teniendo en cuenta una evaluación acerca del mantenimiento de esos recursos más allá de la fecha de presentación de dicha solicitud. Por todo ello, el ejercicio de la facultad prevista en el artículo 7, apartado 1, letra c), de la Directiva 2003/86 exige necesariamente que la autoridad competente del Estado miembro de que se trate valore de modo prospectivo el mantenimiento de los recursos fijos y regulares suficientes del reagrupante más allá de la fecha de presentación de la solicitud de reagrupación familiar".

Al hilo de esta idea, algunos tribunales nacional han indicado la pertinencia de examinar igualmente el cómputo de los medios económicos una vez reagrupada la familia. En efecto, la situación económica podría mejorar aunque el solicitante disponga de recursos suficientes<sup>49</sup>.

Aclarado este aspecto conviene dilucidar, en segundo lugar, si dicha disposición permite a la autoridad competente del Estado miembro de que se trate supeditar la autorización de reagrupación familiar a la probabilidad de mantenimiento de esos recursos durante el año siguiente a la fecha de presentación de la solicitud de reagrupación familiar, tomando en consideración los ingresos obtenidos por el reagrupante durante los seis meses anteriores a dicha fecha.

De conformidad con el principio de proporcionalidad indica ahora el TJUE que: "... el período de un año, durante el cual debe ser probable que el reagrupante disponga de recursos suficientes, tiene un carácter razonable y no va más allá de lo necesario para poder evaluar, de modo individual, el riesgo potencial de que el reagrupante se vea obligado a recurrir al sistema de asistencia social de dicho Estado después de que se haya producido la reagrupación familiar"<sup>50</sup>. Por todo ello y siguiendo lo dispuesto por la normativa nacional española (en concreto, el artículo 54, apartado 2, párrafo primero, del Real Decreto 557/2011 de 20 de abril, por el que se aprueba el

<sup>49</sup> Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares de 11 de abril de 2008. En contra, la Sentencia del Tribunal Supremo de 18 de julio de 2017 (número de recurso 298/2016), en donde se deniega la reagrupación de una cónyuge comunitaria al considerar que posee pocos recursos económicos, lo que por ende supondría una carga para el Estado en cuestión.

<sup>50</sup> En efecto, ese período de un año corresponde al período de validez del permiso de residencia que debe poseer, por lo menos, el reagrupante, con arreglo al artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2003/86, para poder solicitar la reagrupación familiar. Además, según el artículo 16, apartado 1, letra a), de esta Directiva, las autoridades competentes del Estado miembro de que se trate tienen la facultad de retirar el permiso de residencia del miembro de la familia del reagrupante cuando dicho reagrupante deje de disponer de recursos fijos y regulares suficientes durante el período de residencia de ese miembro de la familia y hasta que este último obtenga un permiso de residencia autónomo, a saber, conforme al artículo 15, apartado 1, de la Directiva 2003/86, a más tardar tras cinco años de residencia en dicho Estado miembro.



Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009) sólo podrá denegar la autorización de residencia a efectos de la reagrupación familiar si se determina "indubitadamente" que el reagrupante no podrá mantener los recursos suficientes durante el año siguiente a la fecha de presentación de su solicitud. Por tanto, esta disposición sólo exige al reagrupante, para poder obtener dicho permiso de residencia a efectos de la reagrupación familiar, que sea previsible que pueda mantener sus recursos.

Ahora bien, aclara el Alto Tribunal Europeo que en lo que se refiere a la fijación en seis meses del período anterior a la presentación de la solicitud que sirve de base para la valoración prospectiva de los recursos del reagrupante, ninguna previsión o precisión establece la Directiva 2003/86. Por todo ello, ese período no puede vulnerar el objetivo de esta Directiva.

Falla el TJUE afirmando que: "El artículo 7, apartado 1, letra c), de la Directiva 2003/86/CE del Consejo, de 22 de septiembre de 2003, sobre el derecho a la reagrupación familiar, debe interpretarse en el sentido de que permite a las autoridades competentes de un Estado miembro fundamentar la denegación de una solicitud de reagrupación familiar en una valoración prospectiva de la probabilidad de mantenimiento o no de los recursos fijos y regulares suficientes de los que debe disponer el reagrupante para su propia manutención y la de los miembros de su familia, sin recurrir al sistema de asistencia social de ese Estado miembro, durante el año siguiente a la fecha de presentación de la solicitud, valoración que se basa en la evolución de los ingresos obtenidos por el reagrupante durante los seis meses anteriores a dicha fecha".

### III. FAMILIARES REAGRUPABLES EN ESPAÑA: PUNTOS JURÍDICO-CRÍTICOS

El artículo 18 de la Constitución española consagra el derecho a la intimidad personal y familiar, sin embargo no menciona nada respecto al derecho de reagrupación familiar. Sin embargo, siguiendo lo dispuesto en la doctrina del TEDH cabe entender el derecho a la reagrupación familiar como integrante del derecho a la intimidad familiar que regula el artículo 18 de la CE, de ahí que debamos tener en cuenta lo dispuesto por los artículos 16 a 19 de la Ley Orgánica 4/2000 de 11 de enero sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social (LOEXIs)<sup>51</sup> y, de igual modo, los artículos 52 a 58 del Reglamento de la LO 4/2000, aprobado por el RD 557/2011, de 20 de abril, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 4/2000, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, tras su reforma por Ley Orgánica 2/2009. Esta doctrina judicial resulta conforme con el artículo 8.1 del CEDH<sup>52</sup>.

Tal y como está dispuesto por la LOEXIs, el derecho a la reagrupación familiar se configura como "un verdadero derecho subjetivo no subordinado a las vicisitudes familiares que en momento posteriores pudieran producirse"<sup>53</sup>, el cual se extiende a los familiares legalmente delimitados por el artículo 17 del mismo texto legal y el 53 del RD 557/2011, esto es, el cónyuge del residente<sup>54</sup>, los hijos del residente y del cónyuge (incluidos los adoptados)<sup>55</sup> y los ascendientes

<sup>51</sup> Siendo ésta últimamente reformada por la L.O. 2/2009, de 11 de diciembre, de reforma de la L.O. 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social; la LO 10/2011, de 27 de julio, de modificación de los artículos 31 bis y 59 bis de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social y el Real Decreto-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.

<sup>52</sup> SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C: "Cuestiones atinentes al derecho a la reagrupación familiar de los extranjeros de terceros países en España como instrumento para su inserción socio-laboral"...op.cit., págs. 300-301.

<sup>53</sup> ORTEGA MARTÍN, E: *Manual de Derecho de Extranjería*, Madrid, 3ªEd. Europea de Derecho, 2005, págs. 10-20. CEINOS SUÁREZ, Á: "Artículo 16. Derecho a la intimidad familiar", en VV.AA., MONEREO PÉREZ, J.L, FERNÁNDEZ AVILÉS, J.A Y TRIGUERO MARTÍNEZ, L.A (Dir's y Coords), *Comentario a la Ley y al reglamento de extranjería, inmigración e integración social (LO 4/2000 y RD 557/2011)*, Granada, Comares, 2012, pág. 282.

<sup>54</sup> "Siempre que no se encuentre separado de hecho o de derecho, y que el matrimonio no se haya celebrado en fraude de ley. En ningún caso podrá reagruparse a más de un cónyuge aunque la ley personal del extranjero admita esta modalidad matrimonial. El extranjero residente que se encuentre casado en segundas o posteriores nupcias por la disolución de cada uno de sus anteriores matrimonios sólo podrá reagrupar con él al nuevo cónyuge si acredita que la

(...)

en primer grado del reagrupante y de su cónyuge cuando estén a su cargo, sean mayores de sesenta y cinco años y existan razones que justifiquen la necesidad de autorizar su residencia en España<sup>56</sup>. Por consiguiente, quedan fuera de<sup>57</sup> "la titularidad autónoma o independiente, a los familiares reagrupables. Con lo cual sólo podrán beneficiarse quienes el residente extranjero en España quiera o desee reagrupar"<sup>58</sup>. Por supuesto, la residencia legal en España se configura aquí como un requisito necesario para que el solicitante (o sea, únicamente el reagrupante) pueda ejercer su derecho a la reagrupación familiar, no siendo necesario que el mismo sea titular de una autorización de trabajo (artículo 16 de la LOEXIs)<sup>59</sup>.

La cuestión más litigiosa en este punto es la relativa a los extranjeros en situación irregular administrativa, para los que no existe ninguna cobertura legal en España para que puedan ejercer el derecho a la reagrupación familiar. En contra de lo que mantiene la doctrina científica y el Convenio Europeo de Derechos Humanos, la LOEXIs introduce distinciones entre inmigrantes regulares e irregulares en relación al disfrute de los derechos y libertades, en igualdad de condiciones que los nacionales. Diferencias, todas ellas, que resultan contrarias con las obligaciones internacionales asumidas por España<sup>60</sup>. A este respecto, se está actualmente planteando a nivel político (nacional y comunitario) más limitaciones, pues la entrada masiva de inmigrantes en estos

---

disolución ha tenido lugar tras un procedimiento jurídico que fije la situación del cónyuge anterior y de sus hijos comunes en cuanto al uso de la vivienda común, a la pensión compensatoria a dicho cónyuge y a los alimentos que correspondan a los hijos menores, o mayores en situación de dependencia". Véase el artículo 17.1 a) de la LOEXIs.

La utilización del matrimonio de conveniencia para eludir las normas relativas a la entrada y residencia, eje principal de las políticas migratorias estatales, ha constituido una constante preocupación de los Estados. Esto explica que el artículo 17.1.a) de la LOEXIs exija como condición para ejercer el derecho de reagrupación familiar del cónyuge, que el matrimonio no se haya concertado en fraude de ley.

<sup>55</sup> Especifica el artículo 17.1 b) que deberán éstos ser "...menores de dieciocho años o personas con discapacidad que no sean objetivamente capaces de proveer a sus propias necesidades debido a su estado de salud".

<sup>56</sup> Se consideran que están a cargo cuando se acredite que durante el último año el reagrupante ha transferido fondos o soportados gastos de su ascendiente de al menos el 51 % del producto interior bruto per cápita, en cómputo anual, del país de residencia de éste. Ver VV.AA., *Manual Práctico Orientativo de Derecho de Extranjería*, ORTEGA GIMÉNEZ, A (DIR) Y HEREDIA SÁNCHEZ, L.S (Coord), Navarra, Aranzadi, 2016, págs. 64-65.

<sup>57</sup> Quedan excluidos del ámbito de aplicación personal de la Ley 4/2000, al no considerarse extranjeros, debiendo regirse por su normativa específica los siguientes colectivo: A) Los agentes diplomáticos y los funcionarios consulares acreditados en España, así como los demás miembros de las misiones diplomáticas permanentes o especiales y de las oficinas consulares y sus familiares; B) Los representantes, delegados y demás miembros de las Misiones permanentes o de las Delegaciones ante los Organismos intergubernamentales con sede en España o en Conferencias internacionales que se celebren en España, así como sus familiares y C) Los funcionarios destinados en Organizaciones internacionales o intergubernamentales con sede en España, así como sus familiares. Véase artículo 2 de la LO 4/2000.

<sup>58</sup> SAGARRA TRIAS, E: *La Legislación sobre Extranjería e Inmigración: una lectura*, Universidad de Barcelona, 2002, pág. 184. SÁNCHEZ-RODAS NAVARRO, C: "Cuestiones atinentes al derecho a la reagrupación familiar de los extranjeros de terceros países en España como instrumento para su inserción socio-laboral"...op.cit., pág. 301.

<sup>59</sup> Entre los requisitos que son exigibles para solicitar la reagrupación familiar se encuentran los siguientes: A) No ser ciudadano de un Estado de la Unión Europea, del Espacio Económico Europeo o de Suiza, o familiar de ciudadano de estos países a los que les sea de aplicación el régimen de ciudadano de la Unión. B) No encontrarse irregularmente en territorio español. C) Carecer de antecedentes penales en España y en sus países anteriores de residencia por delitos existentes en el ordenamiento español. D) No tener prohibida la entrada en España y no figurar como rechazable en el espacio territorial de países con los que España tenga firmado un convenio en tal sentido. E) Tener asistencia sanitaria por estar cubierta por la Seguridad Social o contar con un seguro privado de enfermedad. F) No padecer ninguna de las enfermedades que pueden tener repercusiones de salud pública graves de conformidad con lo dispuesto en el Reglamento Sanitario Internacional de 2005. G) No encontrarse, en su caso, dentro del plazo de compromiso de no retorno a España que el extranjero haya asumido al acogerse a un programa de retorno voluntario. H) Haber abonado la tasa por tramitación del procedimiento. I) Tener medios económicos suficientes para atender las necesidades de la familia. Se podrán computar los ingresos aportados por el cónyuge o pareja u otro familiar en línea directa y primer grado, residente en España que conviva con el reagrupante. Para unidades familiares que incluyan dos miembros (reagrupante y reagrupado) se exige una cantidad mensual del 150 % del IPREM, Por cada miembro adicional se deberá sumar, el 50 % del IPREM, Disponer de vivienda adecuada. F) El reagrupante deberá haber residido en España durante un año como mínimo y haber obtenido autorización para residir por, al menos, otro año. Para reagrupar a los ascendientes el reagrupante deberá ser titular de una autorización de larga duración o larga duración-UE.

<sup>60</sup> GÓMEZ ÁLVAREZ, T Y GARCÍA SAN JOSÉ, D: "Los Derechos Sociales y Sindicales en el nuevo régimen jurídico de la Inmigración en España a la Luz de las Obligaciones internacionales asumidas en el Convenio Europeo de Derechos Humanos: Un análisis crítico", *Revista Trabajo y Seguridad Social*, nº228, 2002, pág. 77.

últimos años (la llamada "crisis de inmigrantes") está saturando las costas españolas, al tiempo que pone en peligro los principios fundamentales para el mantenimiento de un Estado Social y Democrático. Así pues, en lo que se refiere al derecho a la reagrupación familiar el proyecto de ley que se está hoy día debatiendo gira en torno a la idea de limitar aún más este derecho. De forma que se elimine la posibilidad de incluir "a cualquier familiar respecto del que se justifique la necesidad de autorizar su residencia en España por razones humanitarias".

En lo que respecta al resto de derechos sociales, el debate se centra en torno a conceder únicamente para los extranjeros irregulares los derechos a la asistencia sanitaria y a la educación obligatoria, limitando así el resto de derechos, esto es, a la reunión, asociación, participación pública, sindicación o huelga- quedan restringidos a los legales-.

Los temas de extranjería generan tensiones entre los intereses de los Estados y la defensa de los derechos humanos, particularmente intensas en el ámbito de la reagrupación familiar, pues los inmigrantes no pueden ser considerados solamente como mano de obra, sino como personas titulares de derechos, entre los que se encuentra el derecho a la vida familiar. Por ello, entiendo que aspectos básicos como la vivienda, el acceso a la cobertura sanitaria, la educación y la asistencia social...etcétera deberían erigirse en aspectos básicos que no quedaran supeditados, en ningún caso, a la situación administrativa de la persona en cuestión. En este sentido, debería primar el principio de igualdad y de integración por encima de cualquier política restrictiva de derechos sociales.

La reagrupación familiar debe defenderse como una de las medidas más eficaces para conseguir la integración del extranjero, así como el fomento de la conciliación de la vida laboral y familiar. Y es que, la familia es algo más que un grupo humano, se trata de una figura que cumple con unos fines esenciales en la sociedad<sup>61</sup>, de ahí que sea merecedora de una especial protección en el ordenamiento jurídico. Desde esta perspectiva parece importante que los Estados permitan en sus políticas migratorias la entrada de los familiares reagrupables<sup>62</sup>. En efecto, la regulación normativa española podría ser más flexible, ya que aunque el derecho a la reagrupación familiar no se encuentra configurado formalmente como "fundamental", lo cierto es que de él deriva el derecho de todo ser humano a vivir junto a su familia. Entendido éste como un derecho subjetivo e inherente a la persona desde su nacimiento y, por tanto, irrenunciable<sup>63</sup> e innegable<sup>64</sup>. Debe plantearse aquí la universalidad de los derechos a la reagrupación familiar y la armonización del derecho de inmigración sin perjuicio de un control de las fronteras respetuoso con los derechos fundamentales de todas las personas<sup>65</sup>.

Actualmente el retroceso que, en muchos aspectos, suponen las modificaciones introducidas en la LOEXIs nos alejan de las directrices marcadas por el Derecho Comunitario, así como la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Y es que, bajo la égida de la Comisión Europea, ambas han supuesto una gran contribución para la defensa de los derechos de los extranjeros.

<sup>61</sup> OROZCO PARDO, G Y OROZCO GONZÁLEZ, M: "Derecho al respecto a la vida privada y familiar", en VV.AA., MONEREO ATIENZA, C Y MONEREO PÉREZ, J.L (Dirs y Coords), *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea*, Granada, Comares, 2017, págs. 102-105.

<sup>62</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO Y BRAVO-FERRER, M: "Legislación de extranjería y política de inmigración", *Relaciones laborales*, número 20/2000, págs. 1-14. GARCÍA VÁZQUEZ, S: "Derechos y libertades de los extranjeros en España: el derecho a la reagrupación familiar", *Anuario Da Faculdade de Direito da Universidade da Coruña*, nº7 de 2003, pág. 460.

<sup>63</sup> OROZCO PARDO, G: "Artículo 7. Respeto a la vida privada y familiar", VV.AA., MONEREO ATIENZA, C Y MONEREO PÉREZ, J.L (Dirs y Coords), *La Europa de los Derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Granada, Comares, 2012, págs.134-135.

<sup>64</sup> Véase la sentencia del TSJ número 9 de Sevilla (Sala de lo Contencioso-Administrativo) de 21 de diciembre de 2017 (número de recurso 317/2017).

<sup>65</sup> MONEREO PÉREZ, J.L Y LÓPEZ INSUA, B.M: "La garantía internacional del derecho a un "trabajo decente", en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 177, 2015.

Lamentablemente, en las políticas públicas migratorias impera todavía la racionalidad excluyente y represiva debida al redescubrimiento de la idea de "peligrosidad social", de ahí que el tratamiento que reciban los ciudadanos de terceros países sea inferior a aquella que ostenta la ciudadanía nacional. No se ha construido todavía una política común en sentido propio y totalizador, no obstante, en materia de flujos migratorios asistimos a un convergencia europea reforzada, lo cual se traduce en la atribución de un conjunto de derechos limitados a aquellas prestaciones sociales y asistenciales básicas. Son tratados así los extranjeros como ciudadanos de segunda clase o clase subalterna, lo que determina una jerarquización de los derechos de las personas dentro de una misma nación o espacio geopolítico definido<sup>66</sup>. Olvida así la UE que la correlación entre espacio europeo y ciudadanía social exige vincular los derechos a la persona que trabaja y a su familia<sup>67</sup>.

El riesgo para la democracia social es la fuerte tendencia hacia la consagración de un Estado de seguridad, de control social permanente y selectivo con una multiplicidad de expresiones, a saber: la atribución selectiva de derechos a las personas, imposición del principio de tolerancia cero, invasión de las comunicaciones, encarcelamiento de migrantes sospechosos de terrorismo o inmigrantes ilegales..., etcétera. En este sentido, impera todavía una racionalidad mercantilista y economicista del mercado de trabajo que resulta contraria al pleno respeto de los derechos de Seguridad Social y más ampliamente de protección social pública de las personas migrantes<sup>68</sup>. Lo que al final conduce a un endurecimiento de las políticas migratorias -en general- que son de aplicación en el ámbito de la Unión y en el ordenamiento jurídico de cada uno de los Estados que conforman es unida política comunitaria, pues la idea simplista de que la razón base del problema de los refugiados se encuentra en el país de origen (y, por consiguiente, en la falta de desarrollo de la misma o en la alteración del orden social como consecuencia de la guerra o actos de terrorismo) no hace más que imperar incansable en la concepción de las instituciones europeas<sup>69</sup>.

<sup>66</sup> MONEREO PÉREZ, J.L.: "Las políticas de inmigración: la construcción de nuevas formas de ciudadanía y de atribución de derechos para las personas extranjeras", *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, nº 34, 2013.

<sup>67</sup> MONEREO PÉREZ, J.L.: "Pilar Europeo de derechos sociales y sistemas de Seguridad Social"...op.cit., pág. 32 en su versión digital.

<sup>68</sup> MONEREO PÉREZ, J.L.: "El derecho a la Seguridad Social y a la ayuda social", en VV.AA.: *La Europa de los Derechos. Estudio Sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, MONEREO ATIENZA, C. y MONEREO PÉREZ, J.L. (Dir. y Coods.), Granada, Comares, 2007.

<sup>69</sup> MONEREO PÉREZ, J.L.: "Los derechos de Seguridad Social de los trabajadores migrantes: inmigración laboral y refugiados", *Revista de Derecho Migratorio y Extranjería*, nº 41, 2016, págs. 1 y siguientes.

# CAPÍTULO XI. EL INTERÉS SUPERIOR DEL MENOR EN LAS PRESTACIONES RECONOCIDAS POR MATERNIDAD DE ALQUILER<sup>1</sup>

FRANCISCO MIGUEL ORTIZ GONZÁLEZ-CONDE  
*Profesor Ayudante Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de Murcia*

## I. LA CONTIGENCIA POR MATERNIDAD

La maternidad como contingencia a afrontar por el sistema público de Seguridad Social, no aparece literalmente referenciada en la literalidad del art. 41 CE, sino bajo una referencia genérica a las “situaciones de necesidad”, expresión que no cuenta por sí misma con un significado unívoco, susceptible de variedad de interpretaciones: desde la referencia al ideal de cobertura mantenida tradicionalmente, hasta la carencia de recursos suficientes para la subsistencia, o la consideración del defecto o insuficiencia en los recursos económicos personales que se originen por la actualización de una contingencia determinada<sup>2</sup>.

El art. 41 CE articulado a través de la LGSS otorga protección a los individuos que se encuentran en determinadas situaciones tasadas genéricamente como carenciales; es su inclusión en dichas situaciones lo que activa el mecanismo de cobertura de la Seguridad Social, pero no cuenta con una delimitación específica del concepto de situaciones de necesidad. Cabe recordar la enmienda presentada al Anteproyecto de Constitución por el grupo socialista con el objeto de que el entonces artículo 36 relacionara expresamente las diferentes situaciones de necesidad que merecían la protección de los poderes públicos<sup>3</sup>, su rechazo evidenció el propósito del constituyente de dejar en manos del legislador ordinario la identificación de las concretas situaciones de necesidad cubiertas por el sistema<sup>4</sup>.

Además, a lo largo del articulado se aprecian diversas referencias, orientadoras sobre otras situaciones que deberán ser, igualmente, cubiertas: las cargas familiares (art. 39 CE), la asistencia sanitaria (art. 43 CE), la protección a los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos (art. 49 CE), la vejez o tercera edad (art. 50 CE), aunque, por lo demás, sin carácter exhaustivo.

Los criterios utilizados por el legislador para seleccionar las concretas contingencias integradas tanto en el mencionado nivel mínimo como en el contributivo son de naturaleza extrajurídica, atendiendo al contexto, económico, político y social. Así, la STC 65/1987 previó que “*el art. 41 de la C.E. convierte a la Seguridad Social en una función estatal en la que pasa a ocupar una posición 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*

<sup>1</sup> “El presente trabajo se enmarca en el Proyecto de Investigación DER2017-82444-R: “Digitalización y Trabajo: el impacto de la economía 4.0 sobre el empleo, las relaciones laborales y la protección social” financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad, Convocatoria de Proyectos I+D+I correspondientes al Programa Estatal de Investigación, Desarrollo e Innovación orientada a los Retos de la Sociedad en el marco del Plan Estatal de Investigación Científica y Técnica y de Innovación 2013-2016. Convocatoria 2017”.

<sup>2</sup> SANCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: *Seguridad Social y Constitución*, Madrid, Cívitas, 1995, pág. 89.

<sup>3</sup> En concreto: situaciones de enfermedad, incapacidad para el trabajo, vejez, desempleo involuntario, viudedad, orfandad, cargas familiares y otras situaciones de necesidad no determinables.

<sup>4</sup> Esta afirmación encuentra una excepción, el desempleo, expresamente mencionado en el propio art. 41CE, de modo que la labor de concreción de las incidencias protegibles que corresponden al legislador ordinario encuentra una primera limitación explícita en el art. 41CE, ya que en cualquier caso, el sistema de protección social articulado deberá contemplar prestaciones destinadas a proteger a los individuos frente a las necesidades derivadas del desempleo.

*necesidades de los distintos grupos sociales*". En base a este fundamento, el legislador optó por un reconocimiento independiente para la protección por maternidad, como prestación diferenciada de la IT, mediante el art. 32 sobre reordenación de la acción protectora del sistema de Seguridad Social, de la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social<sup>5</sup>.

Al mismo tiempo, la protección constitucional de la maternidad engloba a otros derechos constitucionales, como el derecho de la salud de la mujer trabajadora, previsto por el artículo 43.1 CE que escuetamente afirma "*se reconoce el derecho a la protección de la salud*", y el art. 39.2 CE que asegura la protección jurídica, económica y social de la familia, mencionando expresamente en su segundo apartado la protección de las madres, que no a la maternidad.

Ambos artículos, lejos ya de garantizar un derecho subjetivo a la tutela sanitaria, resultan bastantes parcos en su redacción, no terminan de detallar *quién* reconoce *qué* derecho a *quiénes*, una ambigüedad en línea con su condición de derecho dependiente de configuración legal. Ciertamente, el Estado no puede garantizar el derecho a conservar la salud de cada individuo, sino más propiamente la protección de la misma, pero la redacción deja aspectos insatisfactorios respecto a su ámbito subjetivo, pues ni aparece destinado a la población trabajadora en particular, sino a la ciudadanía en general, ni guarda mención específica a la salud de la mujer, sino en todo caso, una referencia a la salud en vertiente colectiva<sup>6</sup>.

Como quiera que fuese, el constituyente español de 1978, a través de la expresión "*situaciones de necesidad*" del art. 41 CE abarcó ordinariamente el supuesto de aseguración social de la maternidad<sup>7</sup>, con las connotaciones que además ello supone frente al art. 53 CE.

Sin embargo, no hay nada de extraño en que un texto constitucional haga mención expresa a la protección de la salud de la mujer, aunque sea entendida a través de una de sus vertientes, la maternidad. A modo de ejemplo, la Constitución de 1931, y los artículos 43 "*el Estado prestará asistencia a los enfermos y ancianos, protección a la maternidad y a la infancia*" y 46 "*la República asegurará...el trabajo de las mujeres y de los jóvenes y especialmente la protección a la maternidad*". También se encuentran referentes desde el derecho comparado<sup>8</sup>, la Constitución italiana de 1947, cuyos artículos 31 CI "*la República protegerá la maternidad, la infancia y la juventud, favoreciendo a las instituciones necesarias para esta finalidad*" y 37 CI "*las condiciones de trabajo deberán permitir a la mujer el cumplimiento de su misión familiar esencial y asegurar a la madre y al niño una protección especial adecuada*". O la Constitución francesa de 1958, a través de su preámbulo (remite al de la Constitución de 1946) impulsa que "*la nación garantiza a todos, especialmente al niño, a la madre y a los trabajadores ancianos, la protección de la salud, la seguridad material, el descanso y el ocio*".

Desde la jurisprudencia constitucional actual, está más que asentado que al tratarse el embarazo y el parto de una realidad biológica diferencial objeto de protección, derivada directamente del artículo 39.2 CE, las ventajas o excepciones que determine para la mujer no pueden considerarse discriminatorias para el hombre, es decir, cualquier ventaja legal otorgada a la mujer no es siempre discriminatoria para el varón por el mero hecho de no hacerle partícipe de la misma<sup>9</sup>.

<sup>5</sup> También la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para la conciliación de la vida familiar y laboral, y el desarrollo reglamentario del RD 1251/2001, de 16 de noviembre sobre el procedimiento a seguir para la obtención de prestaciones, que derogó (disp. derog. única) el art. 18 de la Orden de 1967, a partir del 1 de diciembre de 2001 (disp. Final 6°).

<sup>6</sup> Sinopsis del artículo 43 CE, Congreso de los Diputados (en línea, 15.VII.2018) [www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=43&tipo=2](http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/sinopsis/sinopsis.jsp?art=43&tipo=2)

<sup>7</sup> FERNÁNDEZ ORRICO, F.J.: "La Seguridad Social en el XXV aniversario de la Constitución", *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales* núm. 49, 2004, pág. 135.

<sup>8</sup> MARRADES PUIG, A.I.: *Luces y sombras del derecho a la maternidad. Análisis jurídico de su reconocimiento*, Universitat de València, 2002, págs. 58 y 59. La autora analiza el verdadero objetivo político perseguido de política familiar de las Cartas Constitucionales francesa e italiana.

<sup>9</sup> STC 109/1993, de 25 de marzo.

Dicha protección legal, no ha de limitarse a la condición biológica durante el embarazo, ni a las relaciones entre la madre y el hijo durante el período que sigue al embarazo y al parto, sino que también persigue evitar en el marco del contrato de trabajo las consecuencias físicas y psíquicas que medidas discriminatorias podrían tener en la salud de la trabajadora y afianzar, al mismo tiempo, todos los derechos laborales que le corresponden en su condición de trabajadora, al quedar prohibido cualquier perjuicio derivado de aquel estado, es decir, al hablar de salud y género se debe ir más allá del factor biológico y la capacidad reproductiva, sino enfocarse hacia una protección integral, es decir, que tenga en cuenta además la socialización, roles desempeñados por género en el ambiente de trabajo<sup>10</sup>. En este sentido, el contenido de la protección por maternidad ha evolucionado identificando dos situaciones básicas diferenciadas:

La primera situación, el supuesto tradicional de protección en caso de parto, en el que la suspensión del contrato con reserva de puesto de la legislación laboral pretende preservar la salud de la trabajadora embarazada sin detrimento de sus derechos laborales, y la prestación económica por maternidad de la Seguridad Social atiende a sustituir la pérdida de rentas laborales de la mujer trabajadora durante ese período de descanso, a este tenor también el apartado decimocuarto de la Directiva 92/85/CEE- hace necesario un derecho a un permiso de maternidad<sup>11</sup>, y la modernizado por la DA 11ª Ley 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.

Claramente, el bien jurídico a proteger durante el periodo de 6 semanas es la salud de la mujer, lo que convierte dicho espacio temporal en indisponible, tanto para la reincorporación de la mujer al trabajo como su cesión por derecho derivado, como así sucede con el resto de la prestación de Seguridad Social. Tal es así, que el propio Tribunal Constitucional rechazó en varias ocasiones la existencia de vulneración del derecho a la igualdad la negación de la prestación solicitada a uno de los progenitores (padre) con ocasión del parto de la madre que no ostentar ella la condición de trabajadora afiliada al sistema de Seguridad Social por causar alta en una mutualidad profesional exonerada vía DA 18º LGSS, como muestran las STC 75/2011 de 19 mayo, STC 78/2011, de 6 junio y STC 152/2011, de 29 septiembre, sobre la constitucionalidad del art. 48.4 ET en redacción anterior, la dada por el artículo 5 de la Ley 39/1999<sup>12</sup>.

Precisamente, en relación a la previsión social de trabajadoras colegiadas que hayan ejercido su derecho de opción por una de estas mutualidades, la protección de la salud de la madre lactante y el recién nacido y la conciliación en caso de cuidados de menores afectados por cáncer u enfermedad grave, no forman parte del nivel mínimo de cobertura exigido a las mutualidades de previsión social a consecuencia de la reforma operada por la DA 46 ° Ley 27/2011 (DA 19º LGSS), cuando en puridad se trata de supuestos en los que concurre el derecho fundamental a la vida y la integridad física de la mujer trabajadora<sup>13</sup>.

La segunda situación, el supuesto de protección en caso de adopción (incluido por la Ley 3/1989, de 3 marzo) o acogimiento (introducido por la Ley 8/1992, de 30 de abril), en el que tanto la suspensión del contrato de trabajo como la prestación económica de la Seguridad Social responden a facilitar la integración del menor de corta edad adoptado o acogido en su nueva familia, propiciando la igualdad en el reparto de las responsabilidades familiares de los padres<sup>14</sup>,

<sup>10</sup> SSTC 17/2003, de 30 de enero; 161/2004 de 4 de octubre y 324/2006, de 20 de noviembre.

<sup>11</sup> STC 324/2006, de 20 de noviembre.

<sup>12</sup> FERRANDO GARCÍA, F.M.: “Las mutualidades de previsión social: complemento y alternativa al sistema público de seguridad social”, en ANDREU MARTÍ, M.M.: *La empresa social y su organización jurídica*, Marcial Pons, Madrid, 2014, pág. 263.

<sup>13</sup> Para LÓPEZ ANIORTE, M.C.: “El régimen de opción de las profesiones colegiadas: un sistema. Obsoleto y contrario al principio de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 191, 2016, pág. 89, perpetúa roles de género y no consigue garantizar el derecho a la igualdad de oportunidades de estas profesionales. Para GARCÍA ROMERO, B.: “La diferente protección por maternidad biológica de las profesionales colegiadas autónomas según estén integradas en el RETA o en una Mutualidad de previsión social alternativa” en *e-Revista Internacional de la Protección Social*, núm. 2, 2017, pág. 160, las reglas de cálculo son inadecuadas al no estar pensadas para prestaciones temporales, y operar en base a los exiguos límites de las prestaciones no contributivas.

<sup>14</sup> SELMA PENALVA, A.: “Los nuevos retos de la prestación por maternidad ante los avances médicos en materia de reproducción asistida”, *Revista de Bioderecho*, núm. 1, 2014, pág. 10. La prestación por maternidad en el debate de la

por lo que no tendría sentido atribuir el derecho a la suspensión y a la prestación, cuando ambos padres trabajen, a uno de ellos con preferencia al otro, al tiempo que resulta coherente que si sólo uno de los progenitores es trabajador por cuenta ajena en alta en la Seguridad Social sea éste a quien le corresponda.

La protección de la maternidad de la mujer trabajadora ha de ser compatible con la conservación de sus derechos profesionales, de suerte que la minusvaloración o el perjuicio causado por el embarazo o la sucesiva maternidad constituyen un supuesto de discriminación directa por razón de sexo<sup>15</sup>. Y tal referencia no lo es únicamente a respecto a la minoración de jornada, sino también a su ampliación<sup>16</sup>.

## II. PERSPECTIVAS DE LA REPRODUCCIÓN ASISTIDA

### 1. LEGALIDAD DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDA

La maternidad subrogada puede definirse como el acuerdo de voluntades en virtud del cual una mujer en edad fértil, acepta gestar por encargo de otra persona o pareja, comitente o contratante, el niño que después del embarazo entregará a éstos, que asumirán la filiación del menor. La gestación subrogada no supone una modificación en el uso de las técnicas de reproducción asistida, sino un cambio en la finalidad, es decir, no supone el empleo de nuevas técnicas, pues continua recurriéndose a las prácticas de inseminación artificial o fecundación *in vitro*, sino en el propósito perseguido, tanto de la madre gestante como de los donantes.

Técnicamente, mediante la inseminación artificial, la gestante o “comisionista” sería inseminada con gametos del solicitante o “comitente” (o podría también tratarse de un donante), aportado ella el resto de material genético. Mientras que en la fecundación *in vitro*, los gametos provendrían del o los/las solicitantes o “comitentes” (o pertenecer total o parcialmente a donantes).

Sea como fuere, el nuevo uso disocia totalmente la maternidad, como hecho social, del parto, a pesar de la libre voluntad manifestada por la autonomía de las partes. Y en este sentido, el art. 10 LTRHA sanciona con nulidad de pleno derecho a estos acuerdos y la consiguiente filiación de los hijos nacidos por vientres de alquiler en base al criterio del parto.

Además del art. 10 LRHA, el Código Penal, tipifica como delito en su artículo 221 la conducta de quienes, mediando compensación económica, entreguen a otra persona un hijo, descendiente o cualquier menor aunque no concurra relación de filiación o parentesco, eludiendo los procedimientos legales de la guarda, acogimiento o adopción, con la finalidad de establecer una relación análoga a la de filiación. Las penas de prisión previstas van de uno a cinco años y de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de la patria potestad, tutela, curatela o guarda por tiempo de cuatro a diez años. Igualmente, con la misma pena serán castigados quienes lo reciba al menor, o quienes actúen como intermediarios, aunque la entrega se hubiera efectuado en territorio extranjero. Bajo esta estructura jurídica, el énfasis y la vehemencia manifestada por la LRHA hace irrelevante el que la nueva finalidad perseguida sea bajo el principio de gratuidad u onerosidad, y ni mucho menos la irrevocabilidad o no del consentimiento.

En base a ello, el marco jurídico de las técnicas de reproducción asistida se configuró por La Ley 35/1988, de 22 de noviembre sobre Técnicas de Reproducción Asistida (LTRS), por primera vez en el Estado español. Las posibilidades de los descubrimientos científicos de la época, permitieron que la fecundación pudiera alcanzarse a través de procedimiento clínicos, en unos

---

gestación subrogada continúa moviéndose en estos dos parámetros, aunque la madre subrogada renuncia a la patria potestad, la situación protectora es análoga a la adoptiva, aplicable según el art. 3.3 RD 295/2009.

<sup>15</sup> STC 182/2005, de 4 de julio.

<sup>16</sup> STC 2/2017, de 16 de enero. el Tribunal Constitucional ha declarado como trato peyorativo contrario al art. 14 CE aquel dispensado a la trabajadora que no pudo ejercitar su derecho de preferente de ampliación de jornada que le reconocía el convenio colectivo, que sí habría podido hacer valer si hubiera estado en activo.



casos menos invasivos, sin extracción de óvulos, y por tanto dentro del cuerpo de la mujer (Inseminación Artificial), o bien, con la extracción y posterior fecundación de óvulos en laboratorio, como la Fecundación In Vitro, con Transferencia de Embriones o Transferencia Intratubárica de Gametos.

Dicha ley permaneció sin variaciones durante 15 años, hasta la aprobación *ad hoc* de la Ley 45/2003 de 21 de noviembre, que limitó a tres el número de ovocitos candidatos a fecundar generados en cada ciclo reproductivo<sup>17</sup> (células reproductoras femeninas aun no maduras, precursoras de los óvulos). Además, la nueva norma, previó que los embriones congelados sobrantes únicamente fueran destinados a fines reproductivos, mientras que los criogenizados con anterioridad a 2003 continuaron optando entre su propia transferencia, la donación a terceros, la donación a la investigación, o incluso la destrucción de los mismos (pero no los posteriores). No obstante, el número máximo de embriones a implantar en cada paciente permaneció en tres, al seguir considerándose que debía minimizarse las posibilidades de embarazos múltiples.

Poco tiempo después, se publicó la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida (LTRHA), que derogó toda la normativa anterior, y con ella la limitación del número de ovocitos fecundables, trasladando la decisión a criterio del facultativo médico, con el objetivo de evitar la repetición de ciclos, que suponen un alto coste para la salud de la mujer, y aumentar las posibilidades de éxito del embarazo.

## 2. LA FILIACIÓN DERIVADA DE LAS TÉCNICAS DE REPRODUCCIÓN ASISTIDAS

En base a este *iter* legislativo, se conforma el actual régimen jurídico en materia de reproducción asistida en nuestro país, y en cuanto a este trabajo atañe, la filiación de los hijos nacidos mediante técnicas de reproducción asistida ha pasado de regularse de los artículos 7º y 10º de la LTRS, a los artículos 7º y 10º de la LTRHA.

En primer lugar, ambos artículos 7 continúan remitiendo a las leyes civiles para determinar la filiación, es decir, a los artículos los artículos 108 y siguientes del Código Civil o bien las leyes forales correspondientes, a excepción de las especificidades recogidas en el resto de articulado de la LTRHA y en ningún caso, sin que quepa la posibilidad que pueda inferirse de los datos obrantes en el Registro Civil el carácter de la generación.

En segundo lugar, cuando concurren técnicas de reproducción artificial, las salvedades a la filiación dependen de los siguientes condicionantes:

- a) Manifestación expresa del consentimiento del cónyuge o pareja de hecho (del mismo o distinto sexo) de la obligación de asumir la filiación del recién nacido (art. 8.1 LTRHA). En este apartado, la norma no hace distinción entre la procedencia del material reproductor sea propio o derivado de donación, de modo que, *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus*. Tal es así, que incluso el art. 7.3 prevé que “la mujer casada, y no separada legalmente o de hecho, con otra mujer”, pueda manifestar conforme a lo dispuesto en la Ley del Registro Civil que consiente en que se determine a su favor la filiación respecto al hijo nacido de su cónyuge.
- b) En caso de fallecimiento del marido, sólo se reconocerá la filiación cuando el material reproductor del fallecido se hallase en el útero de la mujer gestante con anterioridad a la fecha de defunción (art. 9.1 LTRHA), o si así consta formalizado en

<sup>17</sup> La modificación introducida en el art. 4.3 estableció una salvedad para casos en los que concudiese patología de base de los progenitores, reglamentadas por el Ministerio de Sanidad y Consumo por el Real Decreto 1720/2004, de 23 de julio. Acerca de la redacción original, la STC de 17 de junio de 1999, entendió que “la regla responde a un principio de manipulación e intervención mínima en el proceso de reproducción, que a falta de otras técnicas que garanticen su éxito, descansa en un cálculo cinético de probabilidad”, al respecto, FEMENIA LÓPEZ, P.J.: “La Ley 45/2003 de 21 de noviembre: un nuevo paso en la determinación del «status jurídico del embrión humano», en GONZÁLEZ PORRAS, J.M., Y MÉNDEZ GONZÁLEZ, F.P (coord.): *Libro homenaje al profesor Manuel Albadalejo García*, vol. I, Servicio Publicaciones Universidad de Murcia, Murcia, 2004, pág. 1609.

escritura pública, testamento o documento de instrucciones previas, los siguientes 12 meses (art. 9.2 LTRHA que amplía el periodo en 6 meses adicionales respecto a la Ley 35/88).

La cuestión derivada sería sobre la posibilidad de beneficiar pensión de orfandad al recién nacidos/as en caso de premoriencia, pues toda vez que la ficción de considerar vivo al fallecido para el reconocimiento de la filiación, podría igualmente hacerse extensible para el percibo de la prestación de muerte y supervivencia. ¿Acaso el cónyuge viudo/a no se ha sido sujeto beneficiario de prestaciones por viudedad, incluso durante el propio tiempo de gestación?

No obstante, este apartado genera igualmente otras dudas interesantes, y es que el artículo habla expresamente de marido y varón hasta en dos ocasiones en el mismo artículo 9.1 LTRHA, y no así de cónyuge. Una interpretación restrictiva podría llevar a considerar excluidas a las parejas del mismo sexo, pues, a continuación el punto 3 equipara en condiciones al varón no unido por vínculo matrimonial, es decir, pareja de hecho, salvedad que ocurre respecto de la nota del estado civil, pero no así con la identidad sexual. Quizás una interpretación más amplia podría llevar a concluir que del mismo teniendo en cuenta que este razonamiento colisionaría con lo efectivamente positivizado en el artículo anterior.

- c) Finalmente, la nulidad de pleno derecho de los contratos para la gestación por sustitución, que se mantienen sin cambios desde la Ley 35/1988.

### III. LA PROTECCIÓN DEL MENOR BAJO LA TUTELA DEL DERECHO A LA DIGNIDAD HUMANA DEL ART. 10 CE

La dignidad de la persona exige el reconocimiento y el respeto de los derechos fundamentales, e igualmente, los menores, en cuanto personas, además de ser objetos de protección, son sujetos titulares de esos mismos derechos. Ahora bien, frente al dilema moral y jurídico planteado por la maternidad subrogada, las posturas sobre “la interpretación del interés superior del menor” se encuentran polarizadas, pues en esencia, ambas se conciben y se dicen a sí mismas defensoras de tal interés del menor, pero la fórmulas empleadas son distintas, es decir, las dos interpretaciones comparten finalidad, pero varían en medios. Así se puede apreciar en las dos posturas reflejadas por la Sala Primera y Cuarta del Tribunal Supremo y que parecen de todo punto irreconciliables<sup>18</sup>.

La primera pregunta se situaría en la conveniencia de mantener el actual marco normativo o por el contrario, la procedencia de una regulación en base a su aceptación social. Ante la trayectoria silenciosa que ha tenido la gestación subcontratada<sup>19</sup>, la problemática que desafía al ordenamiento español surge a raíz del intento de “puentear” estos preceptos jurídicos, recurriendo a suscribir contratos de gestación subrogada en países que contemplen como legar esta opción, para posteriormente inscribir al recién nacido como hijo propio en el Registro Civil español, sea en territorio español o vía consulado.

Desde el punto de vista de la jurisprudencia civil, el conflicto surge a raíz del caso de una pareja de varones homosexuales, padres subrogantes de gemelos nacidos en California. Ante el vacío normativo, se produjo la negativa por respuesta del Registro Civil consular, cuyo recurso fue solucionado por la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 febrero 2009. Según esta Resolución, el funcionario público no debía valorar el contenido de la certificación extranjera, sino si se ésta se adecuada o no formalmente a la legalidad española, justificando la decisión en base al art. 81 Reglamento Registro Civil, al considerar válido el documento auténtico extranjero para proceder al registro de los menores como hijos biológicos de

<sup>18</sup> HIERRO HIERRO, F.J.: “Maternidad subrogada y prestaciones de Seguridad Social”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 190, 2016, pág. 27 edición digital (BIB 2016/80288).

<sup>19</sup> Un compendio de las distintas Proposiciones no de Ley y Enmiendas puede verse en HIERRO HIERRO, F.J.: “Maternidad subrogada...*op. cit.* pág. 3, edición digital (BIB 2016/80288).

ambos, pues “*el documento auténtico, sea original o testimonio, sea judicial, administrativo o notarial, es título para inscribir el hecho de que da fe. También lo es el documento auténtico extranjero, con fuerza en España con arreglo a las Leyes o a los Tratados internacionales*”.

Este pronunciamiento acabaría siendo recurrido judicialmente por el Ministerio Fiscal, dando lugar a las sentencias del Juzgado de Primera Instancia núm. 15 de Valencia, de 15 septiembre 2010, recurrida y estimada por la Audiencia Provincial de Valencia de 23 noviembre. En ellas se desautoriza tal criterio, pues considera en primera instancia que dicho artículo es a su vez el desarrollo del artículo 23 de la Ley 14/2006 Registro Civil, y la literalidad de este último indica que para que practicarse la inscripción en el registro español de una certificación extendida por un registro extranjero es necesario en primer lugar que se compruebe por el encargado del registro la realidad del hecho inscrito, ello implica no ya solo un control formal de la certificación, sino que por el encargado no se tenga duda de que lo establecido en la certificación es real, en este caso el encargado del registro debería verificar que realmente ambos solicitantes son los padres de los menores cuya inscripción se pretende, ello que al menos formalmente es cierto pues así consta en la certificación californiana, no lo es, ni puede serlo a efectos materiales pues biológicamente resulta imposible, surge con ello la existencia de la duda sobre la realidad del hecho inscrito.

Continúa la sentencia advirtiendo, además, que todavía queda un segundo examen por parte del encargado del registro, examinar si la inscripción que se pretende es conforme con la ley española, percatándose que si bien el legislador no utiliza aquí expresiones genéricas como el orden público, ni siquiera legislación u ordenamiento jurídico español, sino que expresamente se refiere al deber del encargado del registro de examinar si la certificación que se presenta es legal conforme a la ley española, es decir que caso de que el hecho hubiera ocurrido en España se consideraría legal, es en este contexto y no en el genérico y abstracto del orden público internacional español donde debe examinarse si resulta o no de aplicación la Ley14/2006. Y dicha norma indica la nulidad de tal contrato<sup>20</sup>. Nulidad que no puede ceder ante el supuesto interés superior del menor, es decir, que la consecución de ese fin no legitima actuaciones contrarias a al ordenamiento jurídico, sino que dicho interés superior del menor comprende poseer una identidad y ser atendido por sus progenitores, y esto será únicamente resultado de las vías establecidas por el derecho español.

Añade la Audiencia Provincial valenciana que no se deriva ni un respeto a la dignidad (art. 10.1 CE), más cercano a tratos inhumanos o degradantes (art. 15 CE), ni tampoco un “interés superior del menor”, tanto por la protección social, económica y jurídica de la familia e integridad de los hijos (art. 39 CE), como por los arts. 1271 y 1275 Código Civil, al quedar el ser humano fuera del comercio de los hombres, y, ser nulos los contratos con causa ilícita –por oponerse opone a las leyes o a la moral-. De lo contrario, plantea se podría llegar a conclusiones contrarias a las previstas por los arts. 10 LRHA y 221 Código Penal. La sentencia, tampoco considera en este caso, bajo la óptica de la discriminación (arts. 14 y 39 CE) dar luz verde para el acceso al registro, pues el impedimento de inscripción no es basado en el sexo de los solicitantes, como en la filiación derivada de una gestación subrogada.

Finalmente, el Tribunal Supremo (Sala de lo Civil) confirmó todos los argumentos anteriores, precisando la indeterminación jurídica del concepto “interés superior del menor”, de forma que, atender la petición de los solicitantes, hipotéticamente conduce a razonar que “*el legislador español, al considerar nulo de pleno derecho el contrato de gestación por sustitución y atribuir la condición de madre a la mujer que da a luz al niño, no reconociendo por tanto la relación de filiación respecto de los padres intencionales o comitentes, ha vulnerado el interés superior del menor*”, y por consiguiente, la invocación indiscriminada del "interés del menor" serviría para hacer tabla rasa de cualquier vulneración de los demás bienes jurídicos tomados en consideración por el ordenamiento jurídico nacional e internacional que se hubiera producido para situar al menor bajo la patria potestad de personas económicamente

<sup>20</sup> La propia sentencia recuerda a modo de ejemplo que en países como Colombia la edad mínima exigida a una mujer para contraer matrimonio es de 12 años, y por lo tanto un matrimonio allí celebrado entre una menor y un español no tendría acceso al registro civil español, del mismo modo que ocurre con los matrimonios poligámicos legales en otros países pero no inscribibles en los registros españoles.

acomodadas, que cualquiera que fuese el medio en que consiguieron al niño, el interés superior del menor justificaría su integración en una familia en buena posición y que estuviera interesada en él.

Como consecuencia de esta sentencia, la no inscripción de los menores en el registro del Consulado español correspondiente, consecuentemente comporta la no inscripción en el Libro de Familia o la expedición del pasaporte y Documento Nacional de Identidad. ¿Sería entonces avocar el estatus jurídico del menor hacia la apatridia, y en consecuencia otra dificultad añadida para su cobertura por el Sistema Sanitario Nacional o el sistema de Seguridad Social?

Tal consideración parecería del todo excesiva, pero seguiría siendo cierto que el menor, “sin papeles” se encontraría en situación de irregularidad administrativa, pues además de no figurar inscrito con el nombre de sus progenitores en el país de residencia, su entrada en España tras el alumbramiento se habría producido bajo pasaporte extranjero (y visado en su caso) válido sólo por 90 días. Parece por tanto, que la adopción o acogimiento son la única vía válida para obtener la filiación. Puede comprobarse como problemáticas adyacentes surgen cualquiera que sea el extremo por el que se aborde la gestación subrogada.

Igualmente, el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos se ha pronunciado en sentido contrario a la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo. Para Estrasburgo, el no reconocimiento de la relación de filiación entre los niños nacidos a través de gestación subrogada y los padres comitentes, supone una violación del art. 8 del Convenio Europeo de los Derechos Humanos. En las pioneras sentencias de 26 junio 2014 (caso *Menesson* contra Francia, demanda núm. 65192/11) y (caso *Labassee* contra Francia, demanda núm. 65941/11) se razona que la no filiación de los menores supone una violación del derecho del respeto de la vida privada de los menores, al dejarlos en situación de irregularidad administrativa, con todas las complicaciones que eso conlleva de cara al ejercicio de su ciudadanía, (la sentencia no considera “injerencia de la autoridad pública” en el derecho de los padre al respeto de su vida familiar). En la misma línea, la sentencia 21 julio 2016 (caso *Foulon y Bouvet* contra Francia, demanda núm. 9063/2014) sobre la negativa a transcribir los certificados de nacimiento nuevamente en el registro civil francés.

Al respecto de estos pronunciamientos del TEDH cabe realizar tres precisiones. La primera consideración, a nivel nacional, si bien es cierto que ninguno de los supuestos examinados concierne directamente a España, éstos vinculan en cuanto a sus pronunciamientos, de ahí que el Auto del Tribunal Supremo de 2 febrero 2015 (en relación de nuevo con el caso valenciano y la petición de nulidad de actuaciones) valorase la aplicabilidad de dichas sentencias europeas sobre su jurisprudencia, al no existir una situación de incertidumbre equiparable entre ambos casos. Mientras que en Francia se excluía el establecimiento de una relación legal entre el niño y su padre biológico, con las consecuencias que ello traía respecto de la adquisición de la nacionalidad francesa y sus derechos sucesorios, en España, los inconvenientes (considerando los contratiempos que pudieran surgir durante la fijación de la filiación biológica paterna y de adopción) son transitorios y no tan graves como para generar tal desequilibrio entre los intereses de la sociedad (fijados en la legislación) y el interés de los menores. Más aún, *“en ese periodo transitorio regirá el criterio de protección de la unidad familiar “de facto” que al parecer existe, para el caso de que surjan problemas en relación a la situación de los menores”*.

La segunda consideración, sobre la propia doctrina del TEDH, es a raíz de la sentencia de 24 enero 2017 (caso *Paradiso y Campanelli* contra Italia, demanda núm. 25358/12 ) donde la “Gran Sala” revoca su sentencia de 27 de enero de 2015, sobre este mismo caso<sup>21</sup>. Es ajustado al Convenio de Roma que las autoridades italianas además de no registrar al menor nacido por estas técnicas, consideren que la renuncia de la madre biológica no otorgaba a los comitentes la posibilidad de filiación, siendo imputados por falsedad del estado civil y violación de la ley de

<sup>21</sup> Sentencia analizada en detalla en MOLINA NAVARRETE, C.: “Libertad de procrear, vida en familia y prestaciones de maternidad subrogada: impacto nacional de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Comentario a la Sentencia del TEDH de 27 de enero de 2015 asunto “Paradiso y Campanelli c. Italia”, demanda núm. 25358/2012”, *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, núm. 399, 2016, págs. 195.

adopción, y por consiguiente el menor pasó a disposición de los servicios sociales para ser reubicado en otra familia de acogida, y adopción, como efectivamente ocurrió. La diferencia entre unos y otros supuestos, parece ser que radica en la no existencia de vínculo genético con los comitentes, como en este último, donde además no se cuestiona la identidad del menor<sup>22</sup>, su filiación genética o el deseo de convertirse en padre genéticos. Si la medida francesa era excesiva, en la norma italiana son proporcionales, o sea, continua sin ser precisa la relación entre maternidad subrogada y Convenio Europeo de Derechos Humanos de Roma.

La tercera consideración, en relación al voto particular de la STS de 6 de febrero de 2014, opina que el interés del menor no supone una causa para cuestionar “el reconocimiento de una decisión extranjera válida y legal conforme a su normativa, sino que al contrario, se les coloca en un limbo jurídico incierto mientras continúan creciendo y creando vínculos afectivos y familiares irreversibles. Según este voto particular, el interés del menor debiera salvaguardarse “antes y después de la gestación”, y así “se hizo por los tribunales americanos en el primer caso. Se ha negado en el segundo. Se ignora lo que se somete a la autoridad española no es la legalidad del contrato, sino el reconocimiento de una decisión extranjera válida y legal conforme a su normativa”.

#### IV. EL INTERÉS DEL MENOR BAJO LA TUTELA DE LA PROTECCIÓN FAMILIAR DEL ART. 39 CE

Desde 2016 y hasta el primer semestre de 2018, la Sala de lo Social del Tribunal Supremo ha dictado 13 sentencias asentando como jurisprudencia el reconocimiento de la prestación de maternidad o paternidad a los padres comitentes de vientres de alquiler. Los primeros pronunciamientos, las SSTS 881/2016 de 25 octubre, 897/2016, de 19 octubre y 953/2016 de 16 noviembre contenían distintos votos particulares que resultan de especial interés. En todos los fallos, ya conocidos, se revocaron las sentencias de instancia, que a su vez validaban el criterio seguido por el INSS, y otorgaron el derecho al cobro de la prestación.

En la actualidad, conforme a los criterios de la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica de 29 de diciembre de 2016 y 20 de febrero de 2017, se reconoce la prestación de maternidad como su compatibilidad con la prestación de paternidad, posibilitando incluso el reconocimiento de la prestación por maternidad a la persona que con anterioridad a los criterios jurisprudenciales, mantenga con el comitente una relación conyugal o análoga y adopte al menor.

Analizando las sentencias, se constatan distintos supuestos de hecho, dadas las múltiples posibilidades que permite la técnica, pudiendo hablar también de una “paternidad subrogada”. Según la entidad gestora, esta vía hacia la maternidad no consta entre las previstas por art. 177 LGSS (art. 133 bis LGSS-1994, a pesar de no limitarse éste a una remisión a instituciones laborales. En perspectiva:

- STS 881/2016, de 25 octubre: Padre soltero de dos niñas gemelas nacidas en Nueva Delhi (India) mediante técnicas de reproducción humana asistida. Las menores fueron inscritas en el Registro Civil consular español. El actor recibió reconocimiento de la prestación de maternidad, de base reguladora equivale a 3.425,70 euros por STSJ-Cataluña de 15 septiembre de 2015. El INSS mantiene el desistimiento recurriendo en casación a través de la STSJ- País Vasco en fecha 13 de mayo de 2014 que desestima el reconocimiento de la prestación por maternidad en un supuesto de gestación por sustitución.
- STS 897/2016, de 19 octubre: Pareja de hombres que obtuvieron sentencia californiana de filiación de un menor nacido mediante gestación subrogada. La inscripción en registro, libro familia fue posible. El INSS denegó la solicitud de BR

<sup>22</sup> OCHOA RUIZ, N: “Comentario a la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 24 de enero de 2017, en el Asunto Paradiso y Campanelli c. Italia [GC].” *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 9, 2017, (BIB 2017\13152).

3.262,50 euros “por no encontrarse en situación protegida”. El TSJ-Cataluña, de 9 marzo 2015, confirmó la sentencia estimatoria de instancia. Se alegó contradicción con la STJUE de 18 marzo 2014 (Caso 167/12). Razona el TS que si bien en el Derecho de la Unión Europea la maternidad por sustitución no tiene la misma protección que la maternidad natural, esta circunstancia no es óbice para que el Derecho español pudiera atribuírsela a efectos legales, y máxime cuando adopción y acogimiento se encuentran plenamente equiparados. La fecha de efectos es la declarada por la sentencia extranjera.

- STS 953/2016, de 16 noviembre: una pareja heterosexual registró en el consulado español de Los Ángeles el niño nacido del alquiler de un vientre gestante en San Diego (California). Ambas prestaciones de maternidad y paternidad fueron declinadas por la entidad gestora. La base reguladora en el caso de la madre comitente era de 3.425,70 euros, que fue denegada tanto por la sentencia del Juzgado de lo Social núm. 31, de 2 de diciembre de 2013 como por la STSJ-Madrid de 7 julio 2014. El recurso de casación se formuló tomando como contraste la STSJ- Asturias el 20 de septiembre de 2012.
- STS1017/2016, de 30 noviembre: varón soltero padre mediante gestación subrogada en Nueva Delhi (India). El actor obtuvo la prestación por paternidad con una base reguladora equivalente a 3.262,50 euros, sin embargo, tanto el INSS como la sentencia de instancia rechazaron el reconocimiento de la prestación por maternidad, criterio del que se apartó la STSJ-Madrid, de 23 diciembre 2014 al estimar la prestación correspondiente en su calidad de padre monoparental.
- STS 1021/2016, 30 noviembre: varón soltero, progenitor de un menor nacido mediante técnicas de reproducción asistida en Illinois (Estados Unidos). El actor lucró prestación por paternidad, pero no por maternidad. La base reguladora de la prestación ascendió a 3.425, 70 euros. La STSJ-Madrid de 17 julio de 2015 condenó a la entidad gestora a la declaración y abono de la prestación por maternidad, detrayendo el tiempo lucrado por paternidad. El recurso de casación fue formulado por el INSS aportando como contraste la STSJ-País Vasco de 13 mayo 2014.
- STS 1022/2016, de 30 noviembre: pareja de hombres progenitores de dos menores nacidos en Riverside (California). Inicialmente, el subsidio por paternidad fue reconocido a uno de ellos, no así la prestación por maternidad a otro, causada en RETA y con una base reguladora de 28.62 euros diarios. El INSS reclamó en casación contra la STSJ-Cataluña de 1 de julio de 2015 que estimaba el derecho del actor al percibo de la prestación, aportando como contraste la STSJ- País Vasco en fecha 13 de mayo de 2014.
- STS 917/2017, 22 noviembre: mujer soltera afiliada al RGSS solicitante de prestación por maternidad (solicitud cursada el subrogada de dos menores nacidos en Los Ángeles (certificado judicial del Estado de California de 13 marzo 2013), inscritos en el Registro Civil del consulado español de dicha ciudad, recogidos el libro de familia y empadronados en España.
- STS 950/2017, 29 noviembre: hombre soltero padre mediante gestación subrogada en Mumbai (India) de dos hijos, en situación de excedencia para el cuidado de hijos menores de ocho años, fruto de un contrato de gestación por sustitución, e inscritos en el Registro Civil del Consulado General de España en esa ciudad como hijos del actor y de una ciudadana india que renunció voluntariamente a la patria potestad sobre los neonatos por imposibilidad de ejercerla al seguir residiendo en su país, y se la cedió en exclusiva al padre biológico que recibió prestación por paternidad (base reguladora de 82.92 euros diarios), pero denegación de la correspondiente a maternidad. Aporta como contraste la STSJ País Vasco de 13 de mayo de 2014

- STS 972/2017, 30 noviembre: Pareja de hombres, uno de ellos padre biológico de una niña mediante maternidad por sustitución nacida en Los Ángeles (California). La entidad gestora española denegó la prestación por maternidad a la que correspondía una base reguladora de 3.199,26 euros. La sentencia de 13 abril de 2015, del Juzgado de lo Social núm. 2 de Madrid reconoció el derecho al disfrute de la prestación, siendo revocado en suplicación por el STSJ-Madrid 658/2015, de 5 octubre. Se aporta como sentencia de contraste la STSJ-Castilla-La Mancha, de 27 de mayo de 2015.
- STS 1005/2017, de 14 diciembre: mujer soltera afiliada al RGSS solicita prestación de maternidad (base reguladora 92.34 euros diarios) por el nacimiento de dos menores en Boise (Idaho). La sentencia recurrida, de la Sala de lo Social del Tribunal Superior del Justicia del País Vasco de 10 de mayo de 2016 desestimó el recurso de la actora denegando la prestación de maternidad. Se invoca como sentencia contradictoria la dictada por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Castilla-La Mancha el 27 de mayo de 2015.
- STS 1002/2017, de 14 diciembre: pareja de hombres padres mediante gestación subrogada llevada a cabo en Cook (Chicago). Mediante sentencia de instancia y suplicación (STSJ-Cataluña de 15 abril 2016) se estimó el derecho a causar prestación por maternidad. El INSS formuló recurso de casación tomando como ejemplo la STSJ-País Vasco 749/2014, de 13 mayo 2014.
- STS 277/2018, de 13 marzo: pareja de hombres padres de dos menores, base reguladora 3.425,70 euros. Recurre la Entidad Gestora en casación para unificación de doctrina y aporta, como sentencia de contraste, la STSJ-Andalucía (Sevilla) el 4 de febrero de 2015 (rollo 1317/2014). En ella se desestima la demanda formulada por una trabajadora en reconocimiento de la prestación de maternidad derivada de una gestación por subrogación, constando en la relación de hechos probados que la actora figuraba en el Registro Civil del Consulado General de España como progenitora legal, junto a su esposo, de dos niños nacidos mediante esa técnica en San Diego (California, EEUU) el 2 de enero de 2013.
- STS 347/2018, de 22 marzo, un varón soltero, padre mediante gestación subrogada de dos menores nacidas en Naperville, Illinois. Mediante sentencia del Juzgado de lo Social núm. 2 de Donostia-San Sebastián, de 11 enero de 2016 reconoció el derecho a prestación de base reguladora 3.606 euros, desestimada en STSJ-País Vasco de 3 de mayo de 2016. El recurso de casación se formuló sobre la STSJ-Canarias (Las Palmas) de 27 de marzo de 2015.

La nueva línea jurisprudencial a favor del reconocimiento de la prestación se ha asentado en base a tres argumentos:

En primer lugar, a raíz de la interpretación flexible de los arts. 2.2 y 3.2 RD 295/2009, de 6 marzo, que equiparan a la maternidad, la adopción, acogimiento y aquellas instituciones declaradas por resoluciones judiciales o administrativas extranjeras “*cuya finalidad y efectos sean los previstos para la adopción y el acogimiento*”, permitiendo al otro progenitor, con independencia de su sexo, el derecho al descanso por maternidad, en caso de fallecimiento de la madre<sup>23</sup>, o en el caso de que la madre hubiese sido trabajadora por cuenta propia no incluida en RETA o mutualidad de previsión social alternativa.

De modo que debe primar una lectura holgada de ambos artículos, en tanto que, la posición de los progenitores en los casos de maternidad subrogada es similar a la de otros progenitores en

<sup>23</sup> Véase RODRÍGUEZ INIESTA, G. y LASAOSA IRIGOYEN, E.: “Disposición Adicional decimoctava. Modificaciones de la Ley General de la Seguridad Social”, en AA.VV.: Comentarios a la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, Thomson Reuters Cizur Menor, 2008, págs. 919.

supuestos de adopción o acogimiento, y en tanto que, la ausencia de la madre biológica es susceptible de equipararse a la ausencia mencionada por el RD 295/2009, argumento, que a su vez, refuerza la finalidad de atención y cuidado social del menor. En esta línea, no mencionada, pero que podría traerse a colación es la situación de Seguridad Social de la madre que cede en adopción o acogimiento a su hijo. De lleno sería rechazada la generación por el mismo menor dos prestaciones de maternidad, las pertenecientes a la familia biológica y las relativas a los padres de acogida o adopción<sup>24</sup>.

Pues bien, para la STS 881/2016 la desestimación es un reducto sin sentido, toda vez que cabría el nacimiento de un hijo fruto de una relación sexual esporádica, o fuera del matrimonio. En esta línea, para la STS 1021/2016 resulta una *“pugna con la lógica más primaria”* la negativa a prestación en los supuestos de vientres de alquiler, teniendo en cuenta su reconocimiento *“ex lege”* en los casos de adopción o acogida de un menor, incluso nacido bajo estas técnicas, e incluso constatando la paternidad biológica. A terno de estos planteamientos, se podría presuponer, que si el emparejamiento y la fecundación se han *desnaturalizado* pudiendo desarrollarse en laboratorio fuera del cuerpo humano ¿por qué oponer ahora motivos contra la fase de gestación? ¿Incluso si en futuro pudiera acometerse bajo el desarrollo de nuevas tecnologías<sup>25</sup>?

En segundo lugar, la integración del menor como fin último a conseguir por el ordenamiento jurídico ante la realidad creada *de facto*, dado que los menores conviven con quien es y aparece como su progenitor mientras que la madre biológica permanece deliberadamente ajena a ese núcleo, y por ello en palabras de la STS 881/2016 *“la situación de necesidad que las prestaciones de maternidad desean afrontar es evidente que concurre: las menores nacidas por gestación con sustitución forman un núcleo familiar con su padre, que desea prestar los cuidados parentales apropiados, como cualquier otro progenitor”* deduciendo al absurdo el admitir la protección cuando un hijo fuera del matrimonio, o como consecuencia de una relación sexual esporádica, pero rechazarla en estos supuestos.

En tercer lugar, respecto a la nulidad del contrato de subrogación, vaciando de sentido el art. 10 LTRS. Según la STS 1022/2016 habría que *“distinguir dos planos perfectamente diferenciados, a saber, el atinente al contrato de gestación por sustitución y su nulidad legalmente establecida y la situación de los menores, al que no puede perjudicar la nulidad del contrato”*, primando el art. 39.3 CE que obliga a los padres a prestar asistencia a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, y por ende, entiende *“una Ley Civil prescriba la nulidad del contrato de maternidad por subrogación no elimina la situación de necesidad surgida por el nacimiento del menor y su inserción en determinado núcleo familiar; y tal situación de necesidad debe ser afrontada desde la perspectiva de la prestaciones de Seguridad Social procurando que esos hijos no vean mermados sus derechos”* continua este razonamiento la STS 881/2016 ejemplificando los efectos de nulidad en otros supuestos propios del ordenamiento laboral (art. 9.2 ET y derecho al salario por el tiempo trabajado; art. 220.3 LGSS-2015 y pensión de viudedad en determinados casos de nulidad matrimonial, o art. 36.5 Ley 4/2000 de extranjería y la ausencia de permiso de trabajo).

Estas tres líneas de pensamiento son susceptibles a crítica:

En primer lugar, no se trata tanto del tenor literal de las previsiones (u omisiones) del ámbito subjetivo y material del RD 295/2009, cuando la norma permite adecuarla con facilidad a los casos de adopción y acogimiento, otorgando al menor similar protección, y cubriendo la situación de necesidad de la familia, como afirma el voto particular del magistrado López García de la Serrana a la STS 953/2016 ¿qué necesidad real hay de violentar la legalidad del ordenamiento jurídico, ni siquiera en aras al principio de igualdad? La respuesta parece encontrarse en otro voto particular de De Castro Fernández en el caso del único varón de la STS 881/2016, apuntando que los ejemplos de Francia e Italia arriba comentados, además de prohibir la gestación, impiden el reconocimiento

<sup>24</sup> OLARTE ENCABO, S.: “La protección social por maternidad en supuestos de gestación subrogada: ¿la antesala de un cambio jurisprudencial?. A propósito de la STSJ País Vasco (social) de 1 de mayo de 2014”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 2, pág. 137.

<sup>25</sup> <http://juanramonrallo.com/2013/05/en-defensa-de-los-vientres-de-alquiler-comerciales/index.html> (en línea, 15.VII.2018)



incluso de la paternidad biológica y patria potestad, “*lo que está en juego en las presentes actuaciones no es tanto el «interés del menor», cuanto el «status» de «padres» a los subrogantes en la gestación subrogada tradicional*”.

Desde esta óptica, se descartaría derivar del art. 39 CE el “derecho a tener hijos”, como un derecho jurídico a la reproducción humana<sup>26</sup>, pues tal fundamento habría de buscarse en la libertad y autonomía personal y física del art. 10 CE<sup>27</sup>, y dentro de dicha libertad, resulta inadmisibles convertir el cuerpo humano en objeto de transacción, por implicar una forma de esclavitud<sup>28</sup>. Y desde esta atalaya, se comprueba, como la posición de la madre gestante queda relegada a un segundo plano. Ante una hipotética regulación de arrendamientos gestantes por el estado español, incluso bajo modalidad altruista ¿en qué posición quedaría la madre gestante? ¿Optaría al reconocimiento de subsidio por incapacidad temporal? ¿Podría la madre solicitante optar al subsidio no contributivo por maternidad o se consideraría la existencia de dos prestaciones incompatibles bajo un mismo hecho causante? Todas las sentencias enunciadas arriba, paradójicamente están protegiendo en exclusiva una forma de maternidad, la accionada en el extranjero, al tiempo que se prohíbe la nacional<sup>29</sup>.

En segundo lugar, las previsiones del art. 39.2 CE para la protección integral de los hijos, están desarrolladas a efectos de causar prestaciones por maternidad y paternidad en la LGSS y reglamentos de desarrollo, conforme a las pautas del art. 53.3 CE, todo lo demás, sería incurrir en incoherencia, el voto particular a la STS 953/2016 (señalado arriba) lo resumen a la perfección que “*no se puede reconocer a la madre que no tiene esa condición con arreglo a la ley española, so pretexto de proteger al menor, argumento recurrente que serviría para reconocer todo tipo de prestaciones que responden a la necesidad de proteger diferentes situaciones de necesidad: como la orfandad, la viudedad, la incapacidad, la jubilación etc. Con ello se quiere decir que proteger una situación de necesidad no justifica, sin más, el reconocimiento de una prestación*”. De ser así, cabría divagar, si en ocasiones, algunos pronunciamientos negativos, no suponen en realidad un ahorro de los costes económicos para el régimen público de Seguridad Social<sup>30</sup>.

Este segundo argumento es sumamente delicado<sup>31</sup>, un análisis del repertorio jurisprudencial de las sentencias por maternidad subrogada de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, publicado en similar intervalo de tiempo, deja entrever que desafortunadamente, se han dictado otras sentencias en las que también concurre un interés comprometido del menor, pero a las que no parece haberlas asistido la *vis atractiva* del art. 39 CE con suficiente fuerza. A modo de ejemplo:

<sup>26</sup> Las SSTC 19 y 198/2012, de 15 febrero y 6 noviembre abordan la protección a la familia contenida en el art. 39 CE. El alto tribunal considera que ha de extenderse a las familias en sentido general, puesto que matrimonio y familia son dos bienes constitucionalmente diferentes, en preceptos distintos, y por ende, el concepto constitucional de familia no se agota en el matrimonio, sino que debe incluir aquellos sin descendencia, los nacimientos extramatrimoniales o monoparentales y con independencia de que se haya producido la nulidad matrimonial, la separación legal o la disolución del matrimonio por divorcio o, incluso, de que el progenitor quede excluido de la patria potestad y demás funciones tuitivas.

<sup>27</sup> La Constitución Española no contempla un derecho a procrear como derecho básico que ampara al hombre, como así sucede con la Novena Enmienda de la Constitución de Estados Unidos. Este derecho podría incardinarse a nivel internacional en el art. 16 Declaración Universal de los Derechos Humanos ONU (1948) “los hombres y las mujeres mayores de edad, sin ninguna limitación debida a su raza, nacionalidad o religión tienen derecho a casarse y a fundar una familia” y el art. 2 Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Generaciones Futuras UNESCO (1997) “A cada generación le incumbe asegurar el mantenimiento y perpetuación de la humanidad en las distintas expresiones de su identidad. En consecuencia, no se ha de atentar de ninguna manera contra la naturaleza y la forma humana de la vida, especialmente con actos que comprometan la preservación de la especie humana y la existencia misma de las generaciones futuras”.

<sup>28</sup> Curiosamente, las sentencias sobre prestaciones por prestación de maternidad en casos de gestación subrogada comparten el hecho de tratarse de personas vinculadas a bases de cotización máximas.

<sup>29</sup> MOLINA NAVARRETE, C.: “Prohibida la «nacionab», ¿protegemos la «gestación/maternidad subrogada internacional» con prestaciones sociales?, *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, núm. 406, 2017, págs. 202-204.

<sup>30</sup> OLARTE ENCABO, S.: “La protección social por maternidad en supuestos...*op.cit.* pág. 140.

<sup>31</sup> Se puede traer a colación, la STC 55/1994, sobre cuestión de inconstitucionalidad del art. 83 Ley 50/1980, de 8 de octubre, de Contrato de Seguro que prohíbe contratar un seguro para caso de muerte sobre la cabeza de menores de catorce años de edad. Entiende el TC que la protección dispensada por los poderes públicos podrán adoptar medidas que introduzcan tratamientos desiguales para proteger la infancia sin atentar contra el artículo 14 de la CE.

La STS 611/2017, de 11 julio, deniega la prestación por maternidad a la trabajadora que había finalizado contrato el día que comienza el descanso por maternidad, y por ello, no estaba en alta o asimilada al alta, en tanto que la fecha de efectos es el día siguiente a la última fecha en la que se prestan servicios ¿desaparece entonces el interés del menor? Ciertamente es, que no se apreció contradicción a efectos de resolver el pertinente recurso de casación, pero aún así, parafraseando la STS 881/2016 “[la nulidad del contrato de maternidad por subrogación] no elimina la situación de necesidad surgida por el nacimiento del menor y su inserción en determinado núcleo familiar”. ¿Realmente se ha de mantener una doctrina tan restrictiva? Sin embargo, la STS de 154/2017, de 22 febrero, reconoce el derecho a la percepción de la pensión a los hijos de un trabajador alcohólico fallecido sin estar dado de alta en la Seguridad Social, ni tampoco inscrito como demandante de empleo. Pese a que no alcanza los 15 años de cotización (sólo 4.550 días), su situación ha de asimilarse al alta en base a una “interpretación humanizadora” de doctrina<sup>32</sup>.

Igualmente, las STS de 14 enero 2015 y 30 abril 2014, desestiman el reconocimiento del incremento de la pensión de orfandad de hijos extramatrimoniales, reiterando doctrina<sup>33</sup>, cuando la madre no sea perceptora de pensión de viudedad por no haber tenido vínculo matrimonial, ni tampoco haber sido pareja de hecho legalmente constituida con el causante, pues de lo contrario, se establecería un trato desigual injustificado si se concediera el aumento a los hijos de ex cónyuges sin derecho a pensión compensatoria y no se concediera en el caso de hijos de cónyuges actuales que no acceden a la pensión de viudedad por cualquier otra causa. ¿Cesa por ello la situación real de necesidad o debería tratarse de orfandad absoluta<sup>34</sup>? Aunque, cabe la excepción en los casos de asimilándose a la misma por la vía de la excepcionalidad los casos de progenitor superviviente maltratador y la de ausencia de progenitor conocido (STS 1 julio 2014).

O también sobre prestaciones por cuidados de un menor por enfermedad grave, que no debatiendo acerca del nacimiento del derecho a la protección sino de la determinación de las circunstancias para la extinción, la STS 93/2018 de 5 febrero, deniega la prestación a los padres de un menor que padece diabetes mellitus tipo 1. Aunque esta enfermedad está incluida dentro del listado que permite el acceso a la pensión, entiende el TS que no ha de concederse de forma automática, sino que ha de atenderse al caso concreto (por el contrario, sí lo estima en STS 192/2018, de 21 febrero<sup>35</sup>). Y en este supuesto el niño está escolarizado y hay una profesora que se ha ofrecido a efectuar los controles de glucemia y el suministro de insulina cuando el menor lo requiera<sup>36</sup>.

En tercer lugar, sobre la nulidad de los contratos, claramente las personas que recurren a estos servicios actúan en un fraude de ley que las sentencias expuestas no abordan con total detenimiento, pues no se cuestiona el origen de la filiación: 1º) el artículo 10 Ley 14/2006, de 26 de mayo, declara explícitamente la nulidad de pleno derecho del contrato por el que se acuerde la gestación por sustitución, sin mayores referencias al interés del menor, lo que refuerza el carácter

<sup>32</sup> Doctrina aplicable en circunstancias de infortunio o ajenas a la voluntad del causante. Véanse SSTs de 19 diciembre 1996, de 19 noviembre 1997 y 27 de mayo de 1998.

<sup>33</sup> SSTs 29 enero 2014; 6 febrero 2014; 11 febrero 2014, 1 de julio 2014.

<sup>34</sup> En general, las sentencias convienen en determinar que se establecería un trato desigual injustificado si se concediera el acrecimiento a los hijos de ex cónyuges sin derecho a pensión compensatoria y no se concediera en el caso de hijos de cónyuges actuales que no acceden a la pensión de viudedad por cualquier otra causa. Para evitar este trato diferente habría que conceder el acrecimiento en todos los casos en los que, viviendo uno de los progenitores del huérfano, dicho progenitor no hubiera causado derecho a la pensión de viudedad, lo que es manifiestamente contrario a la regulación actual que de modo inequívoco exige en todos los casos la orfandad absoluta.

<sup>35</sup> Razona esta sentencia que las circunstancias valoradas a la hora de la concesión continúan siendo existente al momento de la supresión. No consta variación en el problema atendido, ni la posibilidad de atención indirecta.

<sup>36</sup> Para el voto particular a esta sentencia: 1) El art. 2 RD 1148/2011, no exige un cuidado directo y permanente de 24 horas, al contrario, pues prevé una reducción mínima del 50 % de la jornada; 2) la atención pedagógica y terapéutica recibida durante el tiempo de asistencia a la escuela, no comporta que el tiempo de estancia en el domicilio no se padezcan las consecuencias de tan dolorosa enfermedad; 3) la norma no prevé la escolarización del menor como causa de extinción; 4) resulta impensable que en pro de recibir la prestación, el menor no deba acudir a ningún centro especializado

de nulidad, incluida la omisión en la LGSS<sup>37</sup>; 2º) el contrato afecta materia indisponibles e irrenunciable por las partes, como la adquisición de la nacionalidad *ex. art. 17.1.a CC*; 3º) la renuncia de la madre a sus derechos y obligaciones resultaría nula por perjudicar a un tercer sujeto (INSS) que se ve abocado al pago de una prestación por maternidad, que a diferencia del permiso de paternidad (por paternidad biológica), existe título jurídico habilitante para el percibo de dicha prestación.

En términos del segundo voto particular (de Castro Fernández), otorgar protección resultaría excesivo en tanto que debe distinguirse entre acto nulo y acto contrario a la ley, es decir, *“todos los actos contrarios a la ley son nulos [especie], pero no todos los actos nulos son contrarios a las leyes [género]”*, y en cuanto a los efectos laborales, los actos contrarios a las leyes, mantener los efectos con carácter limitado es la única forma de resarcimiento por los daños causados a una de las partes, pero nada más, así *“el contrato de trabajo nulo no comporta la privación del salario [ art. 9 ET ], lo cual es de elemental justicia, pero por supuesto que invalida la eficacia de la relación de Seguridad Social”*.

A pesar de todo, incluso la STS (Civil) de 6 febrero 2014, al tiempo que restringe la inscripción como hijos de quienes han recurrido a esa técnica a los habidos en un tercer Estado, y aunque exista resolución judicial (o equivalente) que así lo manifieste, entiende que denegar la inscripción registral podría derivar en otros perjuicios para los menores, tales como internamiento en un orfanato, o retorno al país de origen, pero sin embargo opta por la “conservación de los contratos” al relativiza las consecuencias prácticas *“si los menores tienen relaciones familiares de facto con los recurrentes, la solución que haya de buscarse tanto por los recurrentes como por las autoridades públicas que intervengan habría de partir de este dato y permitir el desarrollo y la protección de estos vínculos”*.

Ahora bien, la interpretación que la sala cuarta toma sobre dicha sentencia fallada por la sala primera es excesiva, pues según ésta, la aplicación del principio de consideración primordial del interés superior del menor debe hacerse para interpretar y aplicar la ley y colmar sus lagunas, *“pero no para contrariar lo expresamente previsto en la misma. No hacerlo así podría llevar a la desvinculación del juez respecto del sistema de fuentes, que es contraria al principio de sujeción al imperio de la ley que establece el art. 117.1 de la Constitución. Hay cambios en el ordenamiento jurídico que, de ser procedentes, debe realizar el parlamento como depositario de la soberanía nacional, con un adecuado debate social y legislativo, sin que el juez pueda ni deba suplirlo”*.

Llegados a este punto, y para rizar más el rizo, no se puede olvidar en referencia otras realidades sociales igualmente prohibidas y perseguidas penalmente, como la poligamia, la doctrina y jurisprudencia han terminado por adoptar una interpretación atribuyendo efectos jurídicos de derechos prestacionales compartidos<sup>38</sup>, lo que inevitablemente conduce de nuevo a la casilla de inicio del debate ¿existiría espacio para algún tipo de intervención legislativa<sup>39</sup>?

## V. CONCLUSIONES

El aval jurisprudencial a la protección social de los progenitores de menores nacidos bajo técnicas maternidad subrogada, supone la legalización de facto de una modalidad de subrogación, la modalidad internacional. Con dicho reconcomiendo, la discriminación entonces, no podrá ser ya argumentada en torno a motivos de sexo u orientación sexual (es más, la nulidad debiera de ser

<sup>37</sup> ORTIZ VIDAL, M. D.: “La gestación por sustitución y las prestaciones sociales por maternidad/paternidad en España y la novísima jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 180, 2015, pág. 256.

<sup>38</sup> CAVAS MARTÍNEZ, F.: “El derecho a la prestación por maternidad del padre que contrata en solitario un vientre de alquiler. Comentario a la Sentencia del Pleno de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo, núm. 881/2016, de 25 octubre (Recud. 3818/2015)”, *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, núm. 10, 2017, pág. 189.

<sup>39</sup> El Comité de Bioética de España aboga por la modificación del art. 10 LTRHA extendiendo la nulidad a los contratos celebrados en el extranjero, y una prohibición universal de la maternidad subrogada internacional. Véase el Informe del Comité de Bioética de España sobre los aspectos éticos y jurídicos de la maternidad subrogada de 19 de mayo de 2017, págs. 86 y 87, (en línea, 115.VII.2018) [http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/informe\\_comite\\_bioetica\\_aspectos\\_eticos\\_juridicos\\_maternidad\\_subrogada.pdf](http://assets.comitedebioetica.es/files/documentacion/es/informe_comite_bioetica_aspectos_eticos_juridicos_maternidad_subrogada.pdf)

aplicable indistintamente de éstos), sino en función del nivel de renta de los progenitores, aportando cotizaciones unos (deseosos de experimentarlo en territorio nacional), para el disfrute de prestaciones de otros. Si el sistema público de Seguridad Social procede a dar cobertura ¿por qué entonces el debate sobre la gestación subrogada se encamina, no hacia su legalización, sino hacia su inclusión en la cartera de servicios comunes del Sistema Nacional de Salud?

Ante una pregunta tan disruptiva, se evidencia como el interés del menor queda eclipsado ante el deseo de de los adultos de convertirse en padres, y como sostiene el informe del Comité Español de Bioética, el deseo, una vez alcanzado es mutable, no así sus responsabilidades en el tiempo, por lo que no resulta indicador infalible para legalizar estas prácticas. Por tanto, cierto es que el interés del menor debe primar sobre cualquier otro interés legítimo, pero la existencia de fraude de ley no puede dar lugar al nacimiento de derechos en contra de lo dispuesto en la ley.

# CAPÍTULO XII. LA PRESTACIÓN ECONÓMICA POR CUIDADO DE HIJOS CON CÁNCER U OTRA ENFERMEDAD GRAVE EN EL TRABAJO AUTÓNOMO: PARTICULARIDADES Y NUEVOS RETOS

ANA ISABEL PÉREZ CAMPOS

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad Rey Juan Carlos*

## I. PLANTEAMIENTO INICIAL

La protección social de los trabajadores autónomos, en el Sistema de Seguridad Social, está caracterizada por un tratamiento particular, con una cobertura, en términos generales, más limitada respecto del trabajador por cuenta ajena. Dicha particularidad ha venido justificándose porque incluye a un colectivo poco homogeneizado, con peculiaridades intrínsecas a su condición de trabajador por cuenta propia, derivadas principalmente, de la dificultad de determinación de las rentas salariales y su cotización; de ahí que, por lo general, los derechos sociales, hayan venido siendo más restringidos para los trabajadores autónomos que para los asalariados<sup>1</sup>.

El propósito del legislador, en estos últimos años, se ha circunscrito a articular una serie de medidas que permitan estimular la protección social del trabajador autónomo, en aras a su equiparación con los trabajadores asalariados<sup>2</sup>.

La estructura y el régimen jurídico actual de la acción protectora del Régimen General de Trabajadores Autónomos (RETA) ha realizado un importante acercamiento a las reglas generales establecidas en el Régimen General de la Seguridad Social (RGSS) y, aunque ello no signifique una identidad o equiparación absoluta, el avance hacia la aproximación de regímenes es una realidad.

Ahora bien, la equiparación no es completa, en la medida en que subsisten diferencias por la cobertura voluntaria de determinadas contingencias y situaciones. La pregunta que debiéramos formularnos sería si esta situación de distinción tiene su razón de ser por el hecho de estar encuadrado en un régimen especial de protección, por la condición de trabajadores autónomos o, por el contrario, reside en diversos factores y circunstancias que podrían ser moduladas por el legislador.

Por otra parte, entre las diferencias fundamentales de trabajadores autónomos y asalariados también destacan las relativas a los derechos de conciliación de la vida personal y familiar con el

---

<sup>1</sup> MONEREO PÉREZ, J.L., RODRÍGUEZ INIESTA, G., “¿Nuevas metas y tutelas para los trabajadores autónomos? Sobre el sentido y alcance de la Ley 6/2017, de 24 de octubre, de Reformas Urgentes del Trabajo Autónomo (Comentario de urgencia)”. *Revista de Derecho de la Seguridad Social*. Laborum, núm. 13, 2017, pp. 18 y ss. BLASCO LAHOZ, J.F., *El régimen especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp.41 y ss.

<sup>2</sup> Sin ánimo de exhaustividad, cabe destacar la Ley 20/2007 de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo. La Ley 2/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social. La Ley 14/2013, de 27 de septiembre de apoyo a los emprendedores y su internacionalización. La Ley 31/2015, de 9 de septiembre, por la que se modifica y actualiza la normativa en materia de autoempleo y se adoptan medidas de fomento y promoción del trabajo autónomo y la economía social. La Ley 6/2017, de reformas urgentes del trabajo autónomo, incide en este objetivo de equiparación, en su exposición de motivos al señalar que es necesario seguir avanzando en el desarrollo de nuevas medidas de apoyo a todo lo que significa la actividad emprendedora, planteando nuevas metas.

trabajo, que han venido experimentando una creciente importancia en la actividad de los distintos niveles de producción normativa: europeo, estatal y autonómico, al menos, en su vertiente formal. Y es que el reconocimiento de los derechos de conciliación de la vida familiar y laboral no se circunscribe, única y exclusivamente, a los trabajadores asalariados, por el contrario, se ha ido extendiendo su radio de acción a extramuros del derecho del trabajo<sup>3</sup>.

La conciliación entre la vida profesional y familiar sigue constituyendo, en la actualidad, una cuestión pendiente en el ámbito del trabajo autónomo y aunque se ha avanzado sustancialmente, aún queda camino por recorrer, en la medida en que a pesar de que el derecho de conciliación se reconoce respecto de la actividad profesional del autónomo, queda reducido a una manifestación muy concreta y limitada del mismo, como es el derecho de suspensión de su actividad en los supuestos que constituyen contingencias protegidas por el Sistema de Seguridad Social<sup>4</sup>.

Un claro ejemplo de aproximación en la regulación de derechos de protección social y conciliación entre trabajadores autónomos y asalariados se encuentra en la prestación económica de Seguridad Social por reducción de jornada para cuidado de hijos con cáncer y otras enfermedades graves. En la regulación de esta figura se aúna el objetivo de equiparar la protección social y el avance en los derechos de conciliación del trabajador autónomo.

Cabe destacar el acierto del legislador por realizar un tratamiento inclusivo, en la medida en que no existe una normativa específica para el colectivo de autónomos, siendo común a ambos. No obstante, como se tendrá ocasión de demostrar, aún subsisten aspectos diferenciales en el tratamiento equitativo de este derecho entre trabajadores asalariados y autónomos.

El objetivo de este estudio se sitúa en analizar esos aspectos normativos diferenciales en la aplicación de la prestación por cuidado de hijos con cáncer u otra enfermedad grave, para el colectivo de trabajadores autónomos. Desde una perspectiva jurídica, se analizará el alcance y configuración de esta prestación; en su vertiente práctica, se detectarán los problemas de ejercicio y aplicación práctica y, en su caso, se valorarán propuestas de mejora.

Conviene precisar, que no es objeto del presente estudio entrar a analizar *in extenso* el régimen jurídico de esta figura vigente que, exhaustivamente, ha venido siendo analizada, desde su implantación, por la doctrina científica<sup>5</sup>. Se pretende poner de manifiesto que, la regulación de la prestación por cuidado de hijos con cáncer u otra enfermedad grave, aun siendo de relevancia, permite detectar aspectos de distinción entre trabajador asalariado y autónomo que sería necesario revisar.

<sup>3</sup> La Ley 20/2007, de 11 de julio del Estatuto del Trabajo autónomo (LETA) ha constituido en nuestro país un auténtico punto de inflexión en el ámbito de las relaciones profesionales de los trabajadores autónomos o por cuenta propia. La citada norma reconoce expresamente el derecho a la conciliación del trabajador autónomo y lo conecta con el derecho a suspender su actividad en las situaciones de maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo, la lactancia, adopción o acogimiento en los términos de la legislación de Seguridad Social (art. 4.2 g LETA).

<sup>4</sup> GODINO REYES, M., Derechos profesionales en AA:VV *Comentarios al Estatuto del Trabajo autónomo* (Dir. A.V. Sempere Navarro y J.A Sagardoy Bengoechea), Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2010, p.120.

<sup>5</sup> Véase entre otros, los estudios realizados por: LLAMOSAS TRÁPAGA, A., “El cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave: Una nueva modalidad de reducción de jornada”, Academia vasca de Derecho, Boletín JADO. Bilbao. Año XII. N° 24. Junio 2013, pp. 235-251. BLASCO LAHOZ, J.F., “La prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave y su interpretación judicial”, *Trabajo y Derecho* 9/2015 (septiembre), núm.9, 2015, Editorial Wolters Kluwer. KAHALE CARRILLO, D.T “La nueva prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave”, *Temas Laborales*, núm. 112, 2011. FERNÁNDEZ ORRICO, F.J., “La prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF*, núm. 344, 2011, pp., 127-156. POQUET CATALÁ, R., “Últimas interpretaciones en torno a la prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave”. *Revista del Ministerio de Empleo y la Seguridad Social*, núm. 134. 2018, pp. 85-105.

## II. LA PRESTACIÓN ECONÓMICA POR CUIDADO DE HIJO CON CÁNCER U OTRA ENFERMEDAD GRAVE EN EL TRABAJO AUTÓNOMO

La prestación económica de Seguridad social por cuidado de menores afectados por cáncer u otras enfermedades graves se creó en diciembre de 2010, en virtud de la Ley 39/2010, de 22 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2011<sup>6</sup>, con la finalidad, de ampliar la acción protectora de la Seguridad Social, incorporando una prestación económica destinada a los progenitores, adoptantes o acogedores que reducen su jornada de trabajo para el cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave. El desarrollo reglamentario de esta nueva figura se ha llevado a cabo por el RD 1148/2011, de 29 de julio<sup>7</sup>.

En lo que refiere al alcance de esta prestación en el trabajo autónomo, conviene precisar que el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (RETA) integrado en el Título IV en el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (LGSS)<sup>8</sup>, remite a lo establecido en el régimen general, esto es, a lo dispuesto en los artículos 190, 191 y 192 LGSS, siendo aplicables estos preceptos por remisión también al trabajador autónomo (art. 314 LGSS).

En definitiva, se regula el derecho a una prestación para trabajadores asalariados y/o autónomos, con naturaleza de subsidio, que tiene por objeto compensar la pérdida de ingresos que sufren las personas trabajadoras que reducen su jornada de trabajo para cuidar de manera directa, continua y permanente de los hijos o menores a su cargo, durante el tiempo de hospitalización y tratamiento continuado de la enfermedad.

### 1. RÉGIMEN JURÍDICO ACTUAL Y PARTICULARIDADES PARA EL TRABAJO AUTÓNOMO

La regulación de esta nueva prestación supuso un avance en el proceso de acercamiento y/o equiparación entre la protección social del trabajador asalariado y autónomo. Su regulación es cada vez más necesaria, si se tiene en cuenta el incremento de las enfermedades graves de niños, siendo el número de procesos vigentes, según los últimos datos estadísticos disponibles de 4865, lo que supone un 30 % más que el año anterior. Aunque no existen datos desglosados sobre el perfil de trabajador asalariado o autónomo solicitante del derecho, no hay duda que estos índices ponen de manifiesto la importancia de esta prestación que permite a los trabajadores simultanear el cuidado de sus hijos con sus responsabilidades laborales. Los indicadores estadísticos nos dicen que hay una evolución en el número de trabajadores autónomos solicitantes de la prestación, que ha pasado de 150 procesos con una duración de 191.26 días en 2012, a 567, con una duración de 486,65 días, en 2018. Sin embargo, la relación estadística de esta prestación entre trabajadores por cuenta ajena y autónomos, también refleja las diferencias entre estos colectivos. Y es que, de conformidad con los datos estadísticos reseñados, de un total de 4865 procesos en vigor, 4298 corresponden a trabajadores por cuenta ajena y, tan sólo 567 corresponden a trabajadores autónomos<sup>9</sup>.

Por otra parte, como se verá, se trata de una norma innovadora, en la medida en que regula las peculiaridades en que puede encontrarse el trabajador autónomo adscrito al RETA. También destaca por su regulación de integración al desarrollar un derecho común a los trabajadores por cuenta ajena y propia, que se manifiesta como propósito general en el art. 1 donde se señala que *“las disposiciones establecidas en este real decreto serán de aplicación a todos los regímenes del sistema de la Seguridad Social, sin más particularidades que las que expresamente se indican”*. En consecuencia, lo general es el objeto de regulación que es común y, lo excepcional, las particularidades derivadas de la

<sup>6</sup> La disposición final vigésima primera de la Ley 39/2010, de 22 de diciembre de presupuestos generales del Estado para el 2011 añadió un nuevo artículo 135 quáter en la LGSS/1994, (actuales art. 190-192 LGSS/2015).

<sup>7</sup> BOE 30 julio 2011.

<sup>8</sup> Aprobado por Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social. BOE 31-10-2015

<sup>9</sup> Datos estadísticos. Ministerio de Trabajo, migraciones y Seguridad social de 28-05-2018.

especialidad del colectivo de los trabajadores autónomos que, por otra parte, se circunscriben, única y exclusivamente, a determinados aspectos. Además, destaca el rigor y exhaustividad del legislador en el desarrollo de su régimen jurídico, incluso con previsión de particularidades propias para el trabajo autónomo. Como ha señalado la doctrina “*diríase que no se ha querido dejar nada a la improvisación*”<sup>10</sup>.

En términos generales, el régimen jurídico de esta prestación, en el RETA, se configura a partir de la remisión al régimen general, si bien la protección de ambos regímenes no es plenamente coincidente ya sea porque se excluye la aplicación de algunos supuestos concretos, o bien porque las contingencias protegidas son objeto de una específica y diferente configuración.

### A) Situación protegida

A efectos de la prestación por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave, se considerará situación protegida la reducción de la jornada de trabajo, de al menos un 50 por ciento, para cuidado de hijos con cáncer u otra enfermedad grave incluida en el listado que figura en el anexo del Real Decreto de desarrollo reglamentario, que requiere ingreso hospitalario de larga duración, durante el tiempo de hospitalización y tratamiento continuado de la enfermedad (art. 190 LGSS y art. 2 RD 1148/2011).

En el supuesto de personas trabajadoras por cuenta propia y asimiladas incluidas en los distintos regímenes especiales del sistema de la Seguridad Social se considera situación protegida los periodos de cese parcial en la actividad, para el cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave.

#### a) Cáncer o enfermedad grave

El cáncer o enfermedad grave del menor deberá implicar un ingreso hospitalario de larga duración que requiera cuidado directo, continuo y permanente durante la hospitalización; considerándose como si fuese ingreso hospitalario la continuación del tratamiento médico o el cuidado del menor en domicilio tras el diagnóstico y hospitalización (art. 2 RD 1148/2011).

Resulta evidente que el cáncer es una enfermedad grave, por lo que, sin duda alguna, quedaría incluido en el ámbito de protección de esta prestación. Sin embargo, el legislador ha querido hacer alusión, de forma directa y plenamente consciente, tratando de resaltar dicha dolencia frente a las demás. En referencia al resto de las enfermedades, las mismas se recogen en el anexo del Real Decreto 1148/2011, determinando cuales de ellas serían objeto de protección. Se trata de una lista «*numerus clausus*» pero que, en cualquier caso, resulta amplia y generosa. Además se dispone que se podrá acordar, mediante orden ministerial, la incorporación de nuevas enfermedades al listado de enfermedades consideradas graves que figuran en el anexo de la citada norma reglamentaria, cuando, previos los estudios e informes correspondientes, se trate de enfermedades graves que requieran el cuidado directo, continuo y permanente del menor por los progenitores, adoptantes y acogedores, durante su ingreso hospitalario, de larga duración, y tratamiento continuado de la enfermedad.

Por todo ello, lo que debe ser relevante en cuanto a la concesión de la prestación, no es tanto la inclusión del nombre exacto de la enfermedad en el listado, sino si esa enfermedad es, en verdad, grave o invalidante.

#### b) Hospitalización y cuidado continuo

Otro requisito esencial que ha suscitado diversas interpretaciones, por parte de la doctrina y la jurisprudencia, es el relativo a los cuidados que determinan el acceso a la prestación. La norma

<sup>10</sup> “Parece más una de esas instrucciones internas de las entidades gestoras que el desarrollo de una ley” FERNÁNDEZ ORRICO, F.J., “La prestación económica por cuidado de menos afectados por cáncer u otra enfermedad grave”, RTSS CEF, núm. 344,2011, pp. 127-156.



reglamentaria exige que el cuidado que se presta al menor sea “*directo, continuo y permanente*” (art. 2 RD 1148/2011).

Se trata de que el progenitor, de forma personal, cuide del menor y que, por ende, tenga una total implicación respecto del tratamiento que se le está proporcionando, asumiendo la responsabilidad de todo lo que ello conlleva. A pesar de este cuidado personal, no existe impedimento para que el progenitor cuente con la ayuda de personas especializadas para llevar a cabo ciertas tareas, de apoyo a la labor realizada por el progenitor porque así sea necesario para el tratamiento y el bienestar del menor.

El cuidado, como se mencionaba previamente, debe ser continuo y permanente.

Cuando se hace alusión al termino continuo a lo que se está haciendo referencia es al hecho de que la atención no solo puede limitarse a un momento concreto, como puede ser el suministro de un medicamento, o la llevanza a cabo de una tarea concreta, sino que esa atención se debe extender a toda la parte de jornada que haya sido reducida.

En lo que se refiere al cuidado permanente, dicha permanencia se haría extensible por todo el periodo del que se disfruta de la reducción de jornada<sup>11</sup>.

Inicialmente, la exigencia de “continuidad y permanencia” en el cuidado del menor, se interpretó en sentido literal y estricto y adjunto a la exigencia de hospitalización. Con posterioridad, la jurisprudencia ha ido perfilando la exigencia de este requisito y ha admitido la procedencia del reconocimiento del derecho a la prestación, en el supuesto de un menor no hospitalizado, pero que debe acudir diariamente a un centro asistencial especial<sup>12</sup>. También se ha admitido la procedencia del derecho a la prestación por cuidado de menor afectado de cáncer u otra enfermedad grave por una de las enfermedades incluidas en el cuadro reglamentario, con hospitalización para un corto espacio de tiempo, cuando el menor requiere atención y cuidados permanentes en el domicilio por parte de los progenitores para continuar el tratamiento<sup>13</sup>.

Por el contrario, no se admite el derecho al subsidio en los casos en los que el menor tiene diagnosticada una enfermedad incluida en el anexo de la norma reglamentaria, pero el tratamiento médico que recibe le permite llevar una vida normal<sup>14</sup>. Tampoco se admite el derecho al subsidio cuando el menor asiste al centro escolar y recibe allí también atención y cuidado<sup>15</sup>.

Los últimos pronunciamientos judiciales abordan la escolarización del menor y el derecho al subsidio en relación con el derecho a la prestación por menores con diabetes. La STS 568/2016 de 28 junio (Rec. 80/2015) admite que la escolarización del menor no impide que se aprecie que concurren las circunstancias exigidas para la concesión de la prestación solicitada. El Tribunal Supremo resume la doctrina jurisprudencial en relación con el alcance del requisito de cuidado continuo y permanente en:

- La regulación no exige que concurra una necesidad de cuidar de manera, directa, continua y permanente al menor, que suponga la atención al mismo durante las 24 horas del día. El cuidado debe ser directo, continuo y permanente, pero en modo alguno tal exigencia es equiparable a cuidado durante el día entero.
- Que el menor esté escolarizado, con atenciones específicas, no supone, dada la gravedad de sus dolencias y las severas limitaciones que comportan, que durante el

<sup>11</sup> LLAMOSAS TRÁPAGA, A., “El cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave: Una nueva modalidad de reducción de jornada”, Academia vasca de Derecho, Boletín JADO. Bilbao. Año XII. N° 24. Junio 2013, pp. 235-251.

<sup>12</sup> STSJ de Aragón de 30 de octubre de 2013 (Rec. 436/2013).

<sup>13</sup> STSJ de Castilla y León, con sede en Valladolid, de 29 de mayo de 2014 (Rec. 698/2014). Un estudio sobre la interpretación judicial de estos requisitos, véase, BLASCO LAHOZ, J.F., “La prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave y su interpretación judicial”, Trabajo y Derecho, núm. 9, 2015.

<sup>14</sup> STSJ de Castilla y León, con sede en Valladolid, de 6 de marzo de 2013 (Rec. 150/2013).

<sup>15</sup> STS de Cantabria de 11 de noviembre de 2014 [Rec. 625/2014. En parecidos términos, véase también, STSJ de Castilla y León, con sede en Burgos, de 20 de marzo de 2014 (Rec. 165/2014).

tiempo en el que permanece en su domicilio no tenga que ser objeto de intensos cuidados por parte de su madre, de manera, directa, continua y permanente.

- No está prevista, como causa de extinción de la prestación, el que el menor esté escolarizado.
- Resulta impensable, hoy en día, que el menor, por severas que sean las limitaciones que padece, no acuda a algún centro de escolarización, tratamiento, centro especial... para, en la medida de lo posible, mejorar su situación e intentar que adquiera los conocimientos que su situación le permita<sup>16</sup>.

Como acaba de señalarse, la singularidad y circunstancias concurrentes en cada caso particular y el tenor literal del precepto que exige atención y cuidado permanente y continuo, no hacen dudar de la necesaria e inevitable interpretación judicial y la jurisprudencial, para aclarar el alcance de la existencia de todos los presupuestos para el reconocimiento del derecho.

En cualquier caso, la normativa no hace especificación alguna en lo que al tiempo se refiere, y no establece ningún tipo de máximo o mínimo al respecto, mencionando, únicamente, que entiende como ingreso hospitalario de larga duración la continuación del tratamiento médico o el cuidado del menor en domicilio, tras el diagnóstico y hospitalización por la enfermedad grave.

Tras esta aclaración, por lo tanto, no parece que exista ningún problema en admitir que parte del tratamiento o de los cuidados necesarios pueden recibirse en casa, siempre que, de forma previa, se haya procedido a un diagnóstico facultativo y un ingreso. La doctrina judicial, en casos particulares, ha venido matizando el alcance de este requisito mostrándose partidaria de una interpretación flexible, derivada de las circunstancias del caso concreto<sup>17</sup>. Por otra parte, el 29 de mayo de 2018 se aprobó una propuesta no de ley, por la que se insta al Gobierno a impulsar la mejora de la prestación para el cuidado de hijos con cáncer o enfermedad grave, a fin de ampliar su alcance, para que cubra todo el periodo que necesiten los progenitores para el cuidado domiciliario del menor, además del tratamiento hospitalario como hasta el momento<sup>18</sup>.

## B) Beneficiarios. Requisitos

### a) *Padres trabajadores en activo*

Serán beneficiarios de este subsidio las personas trabajadoras afiliadas al sistema de Seguridad Social y en alta en el RETA que se hallen al corriente en el pago de las cotizaciones, acrediten los periodos mínimos de cotización exigibles en cada caso y reduzcan su actividad profesional, como mínimo en un 50 %, tomando como referencia una jornada semanal de cuarenta horas, para el cuidado de un menor a su cargo afectado por cáncer u otra enfermedad grave que exija hospitalización y atención continuada (arts. 191 LGSS y 2.5, 4.1 y 8 RD 1148/2011).

<sup>16</sup> STS 21 febrero 2018, (Rec. 1944/2016) y STS 5 febrero 2018(Rec. 680/2016) analizan la existencia de contradicción de sentencias en casos de enfermedad de menores diabetes mellitus tipo I que asisten con regularidad a clases y la profesora se ofrece para inyectar insulina al menor.

<sup>17</sup> Por todas, véanse STSJ Asturias 30 septiembre 2014 (Rec. 1522/2014) no reconoció la existencia del derecho a esta prestación a pesar de tener una enfermedad contenida en el anexo del RD 1148/2001 porque la enfermedad no le había impedido la escolarización normal y, en consecuencia, no existía el requisito de necesidad de un cuidado directo, continuo y permanente. En parecidos términos, STSJ País Vasco 17 diciembre 2013 (Rec. 2159/2013); STSJ Castilla y León, Burgos, 20 marzo 2014 (Rec. 165/2014) y STSJ Cantabria 11 noviembre 2014 (Rec.625/2014). Por el contrario, la STSJ Asturias de 30 octubre 2013 (Rec. 436/2013) sí reconoce la existencia del derecho a la prestación en el supuesto de un menor que, aunque no está hospitalizado, debe acudir diariamente el centro hospitalario y que necesita cuidados constantes y que es incapaz de hacer ningún tipo de actividad autónomamente. La STSJ Castilla y León de 29 mayo 2014 (Rec.698/2014), también admite el derecho de prestación en el supuesto de un menor afectado por una enfermedad de las incluidas en el reglamento que ha precisado una hospitalización de corta duración, pero que requiere de atención y cuidados permanentes en el domicilio por parte de los progenitores para la continuación del tratamiento.

<sup>18</sup> Véase, BOCG. Congreso de los Diputados", serie D, núm. 341, de 24 de abril de 2018.

Resulta evidente el tratamiento homogéneo y generalizado que la norma dispensa al trabajador asalariado y autónomo y que las particularidades se establecen para adecuar la figura a la especialidad del trabajo autónomo. El subsidio se reconocerá en proporción al porcentaje de reducción que experimente la jornada de trabajo que disfruten las personas trabajadoras. Para la percepción del subsidio, el porcentaje de reducción de jornada se entenderá referido a una jornada de trabajo de una persona trabajadora a tiempo completo comparable de la misma empresa y centro de trabajo que realice un trabajo idéntico o similar.

Para tener derecho a la prestación, además, será requisito imprescindible que los padres y/o tutores<sup>19</sup> trabajen y que la persona beneficiaria cese parcialmente en la actividad, al menos, en un 50 % de su duración, siempre que reúnan la condición general de estar afiliadas y en alta en algún régimen del sistema de la Seguridad Social y acrediten los periodos mínimos de cotización exigibles en cada caso. Para los trabajadores por cuenta propia y asimilados, los porcentajes indicados se entenderán referidos a una jornada de cuarenta horas semanales.

Conviene precisar que, a pesar de la exigencia de que ambos progenitores se encuentren trabajando y cumplan todos los requisitos que prevé la normativa, la prestación solo se le podrá conceder a uno de ellos, independientemente del número de menores que se encuentren afectados por la enfermedad. Por lo tanto, si ambos progenitores cumplen con las condiciones necesarias para poder percibir la prestación, serán ellos mismos los que deberán decidir quién de los dos accede a la misma. No obstante, se trata de un derecho compartido de disfrute individual, en la medida en que la normativa prevé que puedan ir alternándose los progenitores en el percibo del subsidio por periodos no inferiores a un mes. Los progenitores podrán pactar la alternancia en el disfrute del derecho en el momento que consideren más oportuno mientras dure la prestación. No se exige ningún requisito de forma para dicho acuerdo y la duración del subsidio para cada uno de ellos será la acordada por las partes, aunque la normativa establece un periodo mínimo de disfrute de un mes, por lo que el tiempo nunca podrá ser inferior a dicha cifra, pero si igual o superior.

En la línea de exhaustividad ya señalada de la norma reglamentaria, se establece en los casos de separación judicial, nulidad o divorcio que, si ambas personas progenitoras tuvieran derecho al subsidio, podrá ser reconocido de común acuerdo. A falta de acuerdo y de previsión judicial expresa, se atribuirá la condición de persona beneficiaria del subsidio a aquella a quien se conceda la custodia del menor y si ésta fuese compartida a la que lo solicite en primer lugar. Esto será igualmente de aplicación en los supuestos de ruptura de una unidad familiar basada en una análoga relación de afectividad a la conyugal.

#### *b) Requisitos de afiliación, alta y cotización*

Para el reconocimiento de la prestación económica de seguridad social se requiere el cumplimiento de los requisitos establecidos para la prestación contributiva de maternidad, entre los que se comprenden los generales de afiliación y alta y, dependiendo de la edad del beneficiario, el de cotización previa (art. 191 LGSS y art. 4 y art. 5 RD 1148/2011).

Si se tratara de una unidad familiar compuesta por los dos progenitores (en sentido biológico, o por vía de adopción o acogimiento), ambos deberán acreditar que se encuentran afiliados y en alta en algún régimen público de seguridad social, aunque se admite también que uno de ellos, en razón de su actividad profesional, esté incluido obligatoriamente en la mutualidad de previsión social establecida por el correspondiente colegio profesional.

Tal requisito se entenderá cumplido cuando la persona progenitora, adoptante o acogedora del menor, sin ser beneficiaria de la prestación y desarrollando su actividad laboral en un país con el que no exista “instrumento internacional de seguridad social”, haya suscrito un convenio especial en el sistema de seguridad social. A semejanza de lo exigido para la prestación de maternidad, el

<sup>19</sup> Se consideran jurídicamente equiparables a la adopción y al acogimiento familiar, otras instituciones jurídicas declaradas por resoluciones judiciales o administrativas extranjeras. Asimismo, se considerará situación protegida, la constitución de tutela.

período de carencia exigido para acceder a esta prestación de seguridad social depende de la edad de la persona beneficiaria (art. 5 RD 1148/2011):

- Si es menor de 21 años en la fecha que se inicie la reducción de jornada, no se exige período mínimo de cotización.
- Si se encuentra entre los 21 y 26 años de edad en la fecha anterior, el período mínimo exigido es de 90 días cotizados, dentro de los siete años inmediatamente anteriores a esa fecha o, alternativamente, de 180 días cotizados a lo largo de su vida laboral,
- Si es mayor de 26 años de edad, el período mínimo exigido es de 180 días cotizados dentro de los siete años inmediatamente anteriores al momento de inicio del descanso, o, alternativamente, de 360 días cotizados a lo largo de su vida laboral, con anterioridad a esta última fecha.

Cuando se trate de un trabajador por cuenta propia, el reconocimiento de la prestación quedaría condicionada a que el mismo se hallase al corriente en el pago de las correspondientes cuotas a la Seguridad Social. Previéndose incluso el mecanismo de invitación al pago, en los casos de descubiertos, independientemente del Régimen en que se encuentre incluido en el momento de acceder al subsidio (art.4.8 RD 1148/2011, en relación con la art. 47.1 LGSS).

Dicho en otros términos, la entidad gestora invitará a las personas interesadas para que en el plazo improrrogable de treinta días naturales, a partir de la invitación, ingrese las cuotas debidas. Si las personas interesadas, atendiendo la invitación, ingresasen las cuotas adeudadas dentro del plazo señalado, se les considerarán al corriente, a efectos de la prestación solicitada. Si el ingreso se realizase fuera de dicho plazo, se concederá la prestación menos un veinte por ciento, si se trata de prestaciones de pago único y subsidios temporales<sup>20</sup>.

### C) Contenido de la prestación

En cuanto al *nacimiento del derecho*, se tendrá derecho al subsidio por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave, a partir del mismo día en que dé comienzo la reducción de jornada correspondiente, siempre que la solicitud se formule en el plazo de tres meses desde la fecha en que se produjo dicha reducción. Si transcurre este plazo sin que los progenitores soliciten la prestación, los efectos económicos del subsidio tendrán una retroactividad máxima de tres meses.

La *cuantía* del subsidio será del 100 % de la base reguladora utilizada para el cálculo de la prestación por IT derivada de contingencias profesionales, en proporción a la reducción de la actividad profesional. De nuevo el legislador, consciente del carácter voluntario de la cobertura de contingencias profesionales establece que cuando el trabajador por cuenta propia no haya optado por la cobertura de las contingencias profesionales o no tenga cubierta la protección de IT, la base reguladora estará constituida por la base de cotización de contingencias comunes (arts. 4.1 y 6.1 RD 1148/2011).

En esta prestación de Seguridad Social el devengo es diario, al no saber el tiempo que va a durar la reducción de jornada, pues irá en función de la evolución de la enfermedad del menor.

A este respecto, debe precisarse que el derecho a un subsidio del 100 % de la base reguladora establecida para la prestación por IT derivada de contingencias profesionales, a diferencia de otras prestaciones como la maternidad o la paternidad, donde la base reguladora será equivalente a la que esté establecida para la prestación por IT pero derivada de contingencias comunes. En consecuencia, el cálculo de este subsidio por cuidado de menores es más beneficioso para los progenitores, al incluir la base reguladora derivada de contingencias profesionales en su cálculo la

<sup>20</sup> KAHALE CARRILLO, D.T “La nueva prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave”, *Temas Laborales*, núm. 112, 2011.

cotización por horas extraordinarias del año natural anterior. No obstante, en aquellos supuestos en que la persona trabajadora no tenga cubierta la contingencia de IT en el régimen de Seguridad Social que deba reconocer la prestación, la base reguladora de la misma estaría constituida por la base de cotización de contingencias comunes.

Respecto a la *duración del subsidio*, éste se reconocerá por un periodo inicial de un mes, prorrogable por periodos de dos meses cuando subsista la necesidad del cuidado directo, continuo y permanente del menor, que será acreditado por el Servicio Público de Salud u órgano administrativo sanitario de la Comunidad Autónoma correspondiente, responsable de la asistencia médica de la persona menor, y, como máximo, hasta que ésta cumpla los 18 años. Cuando la necesidad de cuidado según se acredite en la declaración médica emitida al efecto, sea inferior a dos meses, el subsidio se reconocerá por el periodo concreto que conste en el informe (art. 7.1 del RD 1148/2011).

El derecho al subsidio por cuidado de menor afectado de cáncer u otra enfermedad grave se extinguirá por las siguientes causas (art. 7.3 del RD 1148/2011):

- Por la reincorporación plena al trabajo o reanudación total de la actividad laboral de la persona beneficiaria, cesando la reducción de jornada por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave, cualquiera que sea la causa que determine dicho cese<sup>21</sup>.
- Por no existir la necesidad del cuidado directo, continuo y permanente del menor, debido a la mejoría de su estado o a alta médica por curación, según el informe del facultativo del Servicio Público de Salud u órgano administrativo sanitario de la Comunidad Autónoma correspondiente, responsable de la asistencia sanitaria del menor
- Cuando una de las personas progenitoras, adoptantes o acogedoras del menor cese en su actividad laboral, sin perjuicio de que cuando ésta se reanude se pueda reconocer un nuevo subsidio si se acredita por la persona beneficiaria el cumplimiento de los requisitos exigidos y siempre que el menor continúe requiriendo el cuidado directo, continuo y permanente.
- Por cumplir el menor 18 años.
- Por fallecimiento del menor O de la persona beneficiaria de la prestación.

#### D) Prestación y trabajo a tiempo parcial

El desarrollo de una noción y una protección social del trabajador autónomo a tiempo parcial es una asignatura pendiente<sup>22</sup> y donde las diferencias entre trabajador asalariado y autónomo son más evidentes. Como es sabido, en el RETA se ha optado por un régimen de bases tarifadas e independientes de los rendimientos realmente percibidos, resultando la cotización del autónomo homogénea y la misma para todo el colectivo, a pesar de su diversidad, lo que condiciona su régimen de protección social.

Es cierto que se ha avanzado en la necesidad de equiparar la protección, puede cotizarse menos, pero tal opción no se ha realizado a través de una modificación y desarrollo legislativo que

<sup>21</sup> La SJS núm. 29 de los de Madrid de 12 de diciembre de 2012 [procedimiento 111/2012] puntualiza que el derecho al subsidio por cuidado de menor afectado de cáncer u otra enfermedad grave también se extinguirá cuando la reducción de la jornada laboral pase a ser inferior al 50 por 100 de la misma, aun cuando sigan siendo necesarios los cuidados del menor enfermo.

<sup>22</sup> Por acuerdo del pleno del Congreso de 2 de febrero de 2017 (BOCG, serie D. 9 de febrero de 2017) se creó una subcomisión para el estudio de la reforma del Régimen Especial de Trabajadores Autónomos. La Ley 6/2017, de 24 de octubre de reformas urgentes del trabajo autónomo remitía en el desarrollo del trabajo a tiempo parcial al trabajo de la citada subcomisión. La Ley 6/2018, de 3 de julio de Presupuestos Generales del Estado, en su disposición adicional centésima vigésima sexta, aplaza el desarrollo normativo de todo lo relativo a los trabajadores por cuenta propia que ejerzan su actividad a tiempo parcial.

permita al trabajador autónomo beneficiarse de una cuota reducida y percibir la prestación de seguridad social con arreglo a dicha reducción<sup>23</sup>.

Un efecto o consecuencia de la falta de desarrollo lo encontramos en la prestación de cuidado de hijo con cáncer u otra enfermedad grave. En esta prestación, se establece que las personas trabajadoras contratadas a tiempo parcial tendrán derecho al subsidio por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave, siempre que reduzcan su jornada en, al menos, un 50 por 100, con un tope infranqueable y es el relativo a que la duración efectiva de la jornada a tiempo parcial sea igual y no inferior al 25 por 100 de una jornada de trabajo de una persona trabajadora a tiempo completo comparable de la misma empresa y centro de trabajo que realice un trabajo idéntico o similar, y se computará sin tener en cuenta otras reducciones de jornada que, en su caso, disfrute la persona trabajadora contratada a tiempo parcial.

En todo caso, cuando la duración efectiva de la jornada a tiempo parcial sea igual o inferior al 25 por 100 de una jornada de trabajo de una persona trabajadora a tiempo completo comparable, no se tendrá derecho al subsidio (art. 4.7 del RD 1148/2011).

En principio, resulta lógico pensar que quienes trabajan a tiempo parcial con un 25 % de jornada o menos, (unas dos horas diarias aproximadamente) tendrían tiempo libre para atender a la persona menor enferma y no tendría necesidad de reducir aún más su jornada, aunque no sería un supuesto frecuente sí que podría darse con la limitación del derecho al subsidio. Quizá, por ello en compensación, el legislador prevé, que si la persona trabajadora tuviera dos o más contratos a tiempo parcial, se sumarán las jornadas efectivas de trabajo, a efectos de determinar el citado límite. En este sentido, el legislador, aplicando el principio de igualdad, ha sido flexible para las personas trabajadoras con dos o más contratos de trabajo a tiempo parcial, al permitirles la adición de las jornadas de trabajo realizadas.

A pesar de ello resulta insuficiente porque deja fuera del derecho a prestación a aquellos trabajadores que no alcancen el umbral del 25 % de la jornada y, aunque bien es cierto que se presupone que al tener una jornada tan reducida puede compatibilizarla con el cuidado de hijo, aun así, el derecho a la conciliación no resultaría plenamente eficaz.

## E) Pluriactividad

El legislador consciente de las especialidades del trabajo autónomo contempla para los casos de pluriactividad, esto es, aquellos trabajadores, por cuenta propia, que lleven a cabo actividades que den lugar a su alta obligatoria en dos o más regímenes distintos del sistema de seguridad social, el subsidio podrá recibirse siempre y cuando se reúnan los requisitos para tales efectos. Si la persona trabajadora acredita las condiciones para acceder a la prestación solamente en uno de los regímenes, se reconocerá un único subsidio computando exclusivamente las cotizaciones satisfechas a dicho régimen. Si en ninguno de los regímenes se reúnen los requisitos, se totalizarán las cotizaciones efectuadas en todos ellos siempre que no se superpongan, y se reconocerá el subsidio por el régimen en el que se acrediten más días de cotización, garantizando que el progenitor pueda acceder al subsidio (art. 4.6 del RD 1148/2011).

Sobre una situación de pluriactividad en la que el progenitor está en situación de alta en el RGSS contratado a tiempo parcial y realiza una actividad por cuenta propia que conlleva su afiliación a una mutualidad privada de previsión social que no cubre la prestación por cuidado de menor afectado de cáncer u otra enfermedad grave, el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña dictamina que sólo debe de considerarse la posibilidad de causar derecho a la prestación económica en el RGSS, comprobando si la duración efectiva de la jornada de trabajo a tiempo parcial quede sujeta a los límites establecidos (STS) de Cataluña de 11 de febrero de 2014 [Rec. 3986/2013]).

<sup>23</sup> BALLESTER PASTOR, I., *Trabajo y protección social del autónomo*, Atelier, Barcelona, 2016, pp.158.

## F) Gestión y procedimiento de solicitud

Será la entidad gestora o la Mutua colaboradora con la que el trabajador por cuenta propia tenga cubiertas las contingencias profesionales la competente para la gestión y el pago de esta prestación. Cuando aquél no haya optado por la cobertura de los riesgos profesionales, la gestión corresponderá a la entidad gestora o a la mutua que asuma la cobertura de la IT' deriva de contingencias comunes. En caso de que tampoco haya formalizado la protección de la IT' en el RETA, corresponderá la gestión a la correspondiente entidad gestora de la Seguridad Social (art. 8.1 RD 1148/2011). Una vez más, se trata de una particularidad derivada del carácter voluntario que tiene el RETA al no configurar como obligatorias todas las contingencias y situaciones de necesidad protegidas.

Otra especialidad deriva de los requisitos formales de la solicitud, más matizados en el caso del trabajo autónomo: junto a los generales que se relacionan en el art. 9.2 RD 1148/2011, debe presentarse los siguientes documentos: a) declaración acerca del porcentaje de reducción de jornada; b) Recibos del abono de las cuotas; c) declaración de la situación de actividad referida a la parte de la jornada que se reduce ( art. 9.2 a), e) y f) RD 1148/2011).

## 2. ASPECTOS REVISABLES Y PROPUESTAS DE FUTURO PARA EL TRABAJO AUTÓNOMO

A pesar del importante avance que ha supuesto el reconocimiento de esta prestación para los trabajadores asalariados y autónomos, y del exhaustivo desarrollo reglamentario realizado por el legislador, en un intento de contemplar todos los supuestos posibles y que nada escape a las previsiones, se han detectado aspectos mejorables en un futuro desarrollo normativo, con incidencia especial en el trabajo autónomo.

### A) Flexibilidad en los requisitos personales de acceso a la prestación. Trabajo activo por parte de los progenitores

La exigencia formal de trabajo por parte de ambos progenitores o tutores y que cumplan unos determinados requisitos de afiliación y cotización, cuando solo uno de ellos puede optar por acogerse al subsidio de forma simultánea, supone una importante traba, en el acceso a este derecho, que obligaría a reflexionar sobre su procedencia.

Resulta evidente que si uno de los progenitores no trabaja podría ocuparse del menor enfermo y, por tanto, aquél recibiría el cuidado directo, continuo y permanente que ha sido mencionado previamente en otras ocasiones. Sin embargo, también resultaría lógico pensar que el otro progenitor, es decir, aquel que se encuentra trabajando, quiera estar y atender a su hijo en una situación que reviste tal gravedad.

No deben olvidarse tampoco, los cambios sociales que se han venido produciendo en el concepto de familia, en concreto, el incremento de las familias monoparentales a las que la norma también habría limitado el acceso al derecho y, siendo ampliado, según las instrucciones internas del INSS de 20 de junio de 2011, por considerar que este tipo de familiar también debiera estar protegido por este subsidio. En estos casos, los requisitos exigidos al progenitor de la familia monoparental son los previstos con carácter general, esto es, quien esté trabajando y haya reducido su jornada de trabajo<sup>24</sup>.

En definitiva, la revisión de este requisito tendría su razón de ser supuestos en los que su exigencia limitaría el acceso a la prestación, como sería el caso en el que ambos progenitores trabajen, de tal modo que encontrándose uno de ellos en situación de desempleo, con o sin

<sup>24</sup> MELLA MÉNDEZ, L., "El cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave: análisis crítico de la regulación laboral y de seguridad social", *Relaciones Laborales*, núm.1 2013, (LA LEY 19462/2012). POQUET CATALA, R., "Últimas interpretaciones en torno a la prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave" ...cit., p. 95.

prestación, ya incumpliría el requisito, siendo de todo punto imposible que se reduzca una jornada que no se realiza, precisamente porque se está desempleado.

## B) Ampliación de la edad del sujeto causante y otros supuestos

Otra de las posibles reformas legislativas de futuro que debieran considerarse, en aras a la necesidad de que los progenitores puedan disponer de tiempo para atender y cuidar de un hijo con una enfermedad grave, es la relativa a la conveniencia de estudiar y analizar la viabilidad de ampliar la edad hasta la que se pudiera percibir la prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave.

También cabría mencionar en este contexto, una ampliación en la cuantía y en la duración del derecho a la prestación, más generosa, en aquellos casos en los que haya más de un menor afectado, en la medida en que la misma no contempla diferentes condiciones en el desafortunado caso en el que los hijos menores afectados sean más de uno. Todo ello en la misma línea de justificación de las medidas de protección por parto múltiples o el apoyo a las familias numerosas.

## C) Fomento de la igualdad de género en el trabajo autónomo, a través de políticas de conciliación

El impacto sobre la participación en el mercado de trabajo cuando existen hijos o adultos que requieren cuidados es muy diferente entre hombres y mujeres, lo que es reflejo no sólo de un desigual reparto de responsabilidades familiares, sino también de la insuficiencia de servicios de ayuda a la conciliación.

A pesar de las limitaciones que presenta, esta nueva prestación viene a responder a una creciente demanda social que, cada vez con mayor fuerza, requiere de nuevos instrumentos que hagan posible la conciliación de la vida laboral y familiar dando la posibilidad a los progenitores de atender y acompañar a sus hijos menores cuando los mismos se encuentran afectados por enfermedades graves, que en la mayoría de las ocasiones suponen un proceso muy doloroso.

La regulación por cuidado de menores a cargo, afectados de cáncer u otra enfermedad grave es una prestación, como ya se ha apuntado, de carácter contributivo que no tiene un impacto directo por razón de género, dado que se dirige a los hombres y las mujeres, puesto que los beneficiarios de la prestación económica son las personas progenitoras, adoptantes o acogedoras del menor, siempre que ambas trabajen y reúnan las exigencias requeridas. Sin embargo, se trata de una medida que, en la práctica, podría favorecer, especialmente, a la mujer trabajadora, ya que normalmente suele ser la madre quien asume los cuidados del hijo, viéndose obligada por ello, en ocasiones, a abandonar su actividad laboral o a aceptar otros trabajos que pueda compatibilizar con la atención y cuidados del menor.

En esta línea interpretativa, desde la perspectiva de género, aunque la norma es neutra y se benefician de la misma ambos progenitores por igual, debiera potenciarse más la corresponsabilidad; toda vez que el disfrute individual o su alternancia entre la madre y el padre del derecho a la prestación propicia, casi con toda probabilidad, que sean las madres quienes mayoritariamente reduzcan su jornada para el cuidado del hijo enfermo<sup>25</sup>.

La flexibilidad no debe impedir la inclusión social de los trabajadores en igualdad de condiciones equivalentes, todo lo contrario, debiera favorecerla. La división que caracteriza a numerosos entornos laborales, en función del estatus de los trabajadores o de la figura contractual que los cubre debe combatirse, toda vez que, en esencia, cada unidad de servicios laborales, aplicados a la misma tarea, es la misma, la preste quien la preste.

<sup>25</sup> Este aspecto no se ha podido comprobar, pues no se han encontrado estadísticas desagregadas por sexo en relación con el disfrute de esta reducción de jornada, probablemente al igual que sucede en la reducción de jornada por guarda legal de menores y familiares donde son principalmente las madres quienes reduzcan su jornada, en esta sucederá prácticamente lo mismo.



No obstante, no debe olvidarse la necesidad y la importancia de tener en cuenta la diversidad de este colectivo de trabajadores autónomos para dirigir la acción protectora allí donde existan realmente deficiencias de los sistemas de protección social. La necesidad de fomento de la conciliación en esta figura quizá podría mejorarse, a través de su transformación, a nivel de prestación económica, en un derecho individual y de disfrute simultáneo de los padres o tutores trabajadores.

Con esta modificación de la prestación, en aras del derecho de conciliación, la madre que trabaja podría compatibilizar la atención al menor con la continuación de su actividad laboral, sin que ello suponga una minoración de sus ingresos, ni un perjuicio en su carrera profesional.

#### D) Trabajadores a tiempo parcial con jornadas inferiores al 25 %

Las obligaciones para contribuir al sistema de seguridad social son distintas para trabajadores asalariados y autónomos. Las cuotas que se exigen a éstos últimos no dependen de los rendimientos del trabajo. En materia de Seguridad Social, hay que ser conscientes de las singularidades del trabajador autónomo. Sus ingresos no son fijos, son inciertos y variables en el tiempo, como lo es su actividad.

Las diferencias se hacen evidentes y se manifiestan en el acceso a algunas prestaciones, como ocurre con la que está siendo analizada. El legislador no hace extensivas al contrato a tiempo parcial las medidas previstas con respecto a la reducción de jornada por cuidado de hijos o de familiares, cuando se reduzca la jornada laboral a menos del 25 %. La razón de ser de esta limitación, quizá obedezca a la dificultad de control del cese parcial del trabajador autónomo que propiciaría el fraude<sup>26</sup>.

No obstante, incluso en el caso de que exista una cobertura legal reconocida para los trabajadores autónomos en relación con los distintos derechos y seguros sociales, el acceso efectivo a los mismos, para este tipo de trabajadores, es a menudo complicado por el cumplimiento de los criterios de elegibilidad, los niveles y periodos de cotizaciones requeridos o las bases de cálculo de las prestaciones. Y es que todos estos elementos, en la mayoría de sistemas de protección social, están confeccionados a la medida de los trabajadores por cuenta ajena, indefinidos y a tiempo completo.

Así pues, a los trabajadores autónomos se les hace muy difícil la acumulación de periodos plenos de cotización, o la superación de umbrales mínimos de aportaciones a los diferentes esquemas protectores. Incluso, en muchos casos, la cobertura de los seguros sociales no es obligatoria o queda a la elección del trabajador la base por la que cotizar, lo que implica la ausencia de cobertura para ellos por los costes de dicha cobertura en una circunstancia de escasas remuneraciones asociadas a este tipo de trabajos. Un círculo vicioso difícil de romper.

Sea como fuere, la consecuencia final es que los trabajadores autónomos reciben prestaciones sensiblemente menores, por menos tiempo o bajo condiciones más estrictas, que las que corresponden a los trabajadores asalariados. Esta dificultad podría salvarse estableciendo fórmulas que ofrezcan la flexibilidad precisa para abarcar el conjunto de tan variada gama de circunstancias que puedan concurrir en el trabajador autónomo.

En esta línea interpretativa, podría ser esencial el reconocimiento de los derechos de protección social al trabajador autónomo a tiempo parcial. Sin embargo, como ya se ha señalado, se trata de una asignatura pendiente tras la Ley 6/2017, de 24 de octubre de reformas urgentes del trabajo autónomo y, aplazada, con la Ley 6/2018, de 3 de julio de presupuestos generales del Estado para 2018<sup>27</sup>.

<sup>26</sup> FERNÁNDEZ ORRICO, F.J., “La prestación económica por cuidado de menos afectados por cáncer u otra enfermedad grave...pp., 127-156.

<sup>27</sup> La Disp. Adicional 5 de la Ley 6/2017, de 24 de octubre de reformas urgentes del trabajo autónomo se limita a reenviar las soluciones a los trabajos que está realizando la Comisión constituida en el Congreso de los Diputados para el estudio de la reforma del régimen especial de trabajadores autónomos. La disposición adicional centésima vigésima

La solución, como ha señalado la doctrina científica, podría residir en adeudar las cuotas a un presunto nivel de ingresos mínimos, más mínimos en algunos casos y con unos máximos escalonados en función de lo ingresos percibidos<sup>28</sup>. Por tanto, sus obligaciones con la Seguridad Social han de adecuarse a esas circunstancias, con objeto de facilitar la cotización y reducir sus cargas administrativas en la materia, desde un planteamiento que garantice la pervivencia de la actividad emprendedora.

La escasa contribución de los interesados que revela la cotización mayoritaria por bases mínimas, se basa en una muy escasa percepción del impacto de esta decisión sobre la protección social efectiva, pero tampoco es ajena a ello la suficiencia o la incertidumbre de ingresos regulares, lo que determina, a su vez, carreras de cotización más reducidas e inestables. Es decir, plena cobertura nominal pero insuficiente cobertura efectiva, lo que debe interpretarse también como un síntoma evidente de los insuficientes esfuerzos realizados en materia de pedagogía y concienciación de un colectivo tan numeroso y la medida de la tarea por realizar también en esta materia<sup>29</sup>.

Por otra parte, el esfuerzo desarrollado y las actuaciones emprendidas por las distintas Administraciones Públicas aún no son bien conocidas, ni se han llegado a trasladar, con fuerza, al ámbito social, en parte por lo reciente de algunas de estas iniciativas. Junto a ello también cabe reseñar que, en la actualidad y principalmente derivado de la crisis económica que hemos atravesado, la falta de financiación y la morosidad se constituyen en un obstáculo que afecta al desarrollo de la actividad profesional como trabajadores por cuenta propia. En consecuencia, el fomento de la información resultaría también esencial.

### III. CONSIDERACIONES FINALES

Desde una perspectiva general, se ha realizado un valioso y rápido esfuerzo normativo a la hora de avanzar en la equiparación de los derechos sociales de los trabajadores autónomos con respecto a los de los asalariados, habida cuenta de las especificidades del trabajo autónomo y en lo que refiere, especialmente, a la prestación económica por cuidado de hijos con cáncer u otra enfermedad grave.

En consecuencia, los avances normativos se han orientado a la garantía de mejores derechos sociales y a su progresiva equiparación con los de los asalariados.

Sería muy deseable, igualmente, que, en lo sucesivo, estos esfuerzos continúen, pero que se vean complementados con la voluntad equivalente para equiparar también el cumplimiento de obligaciones contributivas similares a las de los asalariados. Con ello, se obtendrían mejoras y avances significativos.

---

sexta de la Ley 6/2018 de 3 de julio de presupuestos generales para el Estado, aplaza el desarrollo normativo de todo lo relativo a los trabajadores por cuenta propia que ejerzan su actividad a tiempo parcial.

<sup>28</sup> BALLESTER PASTOR, I., *Trabajo y protección social del autónomo*, cit., pp.151-154.

<sup>29</sup> HERCE, J.A., "Acceso a la Protección Social de los trabajadores sea cual sea su forma de empleo en el marco del Pilar Europeo de Derechos Sociales Síntesis de los documentos de consulta de la Comisión Europea a los Interlocutores Sociales europeos y Análisis y propuestas con especial referencia al caso español". Informe para ATA de 14 de mayo de 2018.

# CAPÍTULO XIII. LA PROBLEMÁTICA PROTECCIÓN SOCIAL DE LA FAMILIA SIN PERSPECTIVA DE GÉNERO

MARÍA GEMA QUINTERO LIMA

*Profesora Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad Carlos III de Madrid*

## I. PROLEGOMENOS

A pesar de que ya ha dejado de ser novedoso el análisis de las realidades socio-jurídicas desde una perspectiva de género, se observa la pervivencia de esquemas de protección social que mantienen una ceguera relativa. Que se concreta en la falta de análisis de las repercusiones de diseños normativos que no tengan en consideración, de una parte los condicionantes ligados al género, y, de otra la condición femenina/masculina de los sujetos (agentes, destinatarios, beneficiarios) implicados. Y esto es espacialmente obvio en la protección a la familia desde el Derecho español de la Seguridad Social<sup>1</sup>.

De esta forma, los distintos instrumentos de protección a la Familia se podrían reputar hoy disconformes con diagnósticos reales de necesidades y tipos e intensidades de cobertura, si se observara atentamente la realidad socioeconómica subyacente desde esa óptica de género<sup>2</sup>.

Por lo que respecta a una revisión –apresurada, como exige un trabajo con esta extensión- de la protección a la familia, habría de darle una dimensión doble: de una parte, la revisión de la legislación actualmente vigente o *lege data* (prestaciones de protección a la familia que existen, pero que mantienen fallas no solo en la regulación concreta, sino en su concepción misma, o prestaciones que no se categorizan como tales pero que, en sentido *lato* protegen a la familia, y por eso presentan disonancias). De otra parte, habría de hacerse una revisión constructiva, de la propuesta o *de lege ferenda*, (prestaciones que debieran existir para proteger realidades familiares, o que ya existen con bienes jurídicos protegidos distintos, que puedan reformularse hacia nuevas finalidades protectoras de la familia.).

La ausencia de una relativa perspectiva de género en el diseño normativo del sistema actual de Seguridad Social tiene un hondo anclaje, en la historia misma de un sistema de protección de un trabajador tipo y de un tipo único de familia.

Las prestaciones del sistema -y las de protección a la familia no son una excepción- se construyen a partir de un asegurado tipo-trabajador varón; de ahí que entonces no siempre pudiera percibir las especificidades de un campo de protección compuesto también por mujeres

---

<sup>1</sup> Se retoman en esta contribución, como punto de partida, para proyectarlas más allá, las reflexiones contenidas en: QUINTERO LIMA, M.G. “La protección a la familia desde una perspectiva de género”. OISS, *Prestaciones de la Seguridad Social y Género*. Madrid : OISS, pp.39-50.

<sup>2</sup> Sin embargo, desde una óptica cuantitativa, resulta relativamente complicada la labor de aproximación científica desde una perspectiva de evaluación y prospectiva, porque en ciertos ámbitos –los prestaciones, en lo que aquí interesa- hay una carencia importante de estadísticas desagregadas por género y en los que se incluyan elementos que tiene relevancia también cuando se refieren a las mujeres (edad, número de hijos, estado civil...). Los datos absolutos tienen sentido para la valoración global de los umbrales de protección general por el sistema español; pero no permiten disociar esos umbrales por género. De tal manera que no se hace posible una visión clara de la protección de hombres, por una parte, y de mujeres por otra. Y quizás eso pueda ser un obstáculo para el ajuste de la eficiencia/eficacia prestacional. Esto que es predicable con carácter general, lo sería más en relación a la protección a la familia.

trabajadoras., cuya protección integral parece erigirse como modelo final óptimo de cobertura. En la etapa preconstitucional, las referencias al asegurado/beneficiario varón son la regla; y sólo hay beneficiarias mujeres de modo excepcional, en los casos patológicos (viudedad y/o abandono) cuando ellas se convierten en trabajadoras reconocidas, directa o presuntamente como *mater familias*.

Las referencias al género se difuminan a partir de la *vis expansiva* del artículo 14 de la Constitución española en la etapa postconstitucional<sup>3</sup>, pero, en esa aparente neutralidad, se desconoce aún que hay condicionantes personales-profesionales, con una fuerte impronta de género, que impide que los esquemas de protección a la familia sea eficaces y/o eficientes. En ocasiones el legislador *ius* –social ha incorporado estructuras jurídicas correctoras que tiene en el centro de imputación a la mujer, y sobre ella se inscribe una estrategia de protección *ad hoc*. Estos diseños, en los que únicamente podría inscribirse una finalidad de promoción de la igualdad, sin embargo, en ocasiones, tiene efectos inversos a los proyectados por carecer de una visión depurada de género. Porque la ineficacia o la ineficiencia son los dos males perversos de las Políticas públicas en ciclos económicos en los que los recursos colectivos financieros devienen escasos y se incrementan las situaciones económicas individuales de necesidad real.

Lo llamativo es, entonces, que aún perviva, si no la conceptualización de base, sí los efectos derivados de ella, y esos rasgos iniciales se proyectan de modo contrario a la perspectiva de género en sí misma considerada. De ahí la necesidad de ir ajustando técnicamente las reglas del sistema a las finalidades de cada una de las prestaciones, desde el buen entendido de que hay hipotéticas inconsistencias derivadas de la ausencia de perspectiva de género<sup>4</sup>.

Y eso (la presencia o ausencia de una perspectiva de género) que tiene mucha incidencia en el diseño de la protección individual de la persona asegurada/ beneficiaria de prestaciones<sup>5</sup>, tiene también incidencia en un ámbito más colectivo, cual es el de la protección a la familia. Porque parece que la inercia de una regulación –llamada- patriarcal desde el ordenamiento laboral ha venido forjando un esquema de protección de la familia sustentado en la idea del *pater familias*, con esposa e hij@s a cargo, que por ende es el único *bread winner* de la unidad económica familiar. Que ha obviado otros modelos de familia, originarios o sobrevenidos, en los que, junto a un varón trabajador, hay una mujer trabajadora, miembro de una unidad matrimonial o de análoga naturaleza que puede ser además, en algunos supuestos, cabeza de familia monoparental (muchas veces *monomarental*); y en sendos casos, esa mujer trabajadora puede tener familiares (y no sólo hijos) dependientes/ a su cargo, que conviven –pero no siempre- con ella.

En paralelo, la protección de la familia que se apoya en un único cabeza de familia varón, que sustenta a todos los demás miembros que son considerados una responsabilidad o carga, condujo a esquemas de protección basados en derecho derivados, en los que esposa, hijos y otros familiares independientemente del género constituyeron la causa del riesgo protegido –el incremento de

<sup>3</sup> Y es paradigmática la acción del Tribunal Constitucional al releer la pensión de viudedad, en la Sentencia 103/1983, de 22 de noviembre, a las que siguieron otras.

<sup>4</sup> El concepto de perspectiva de género arranca de la Cuarta Conferencia Cuarta Conferencia Mundial de las Naciones Unidas sobre la Mujer, Beijing 1995. Coetáneamente, en el ámbito comunitario la perspectiva de género se inserta en el concepto de *gender mainstreaming* o *transversalidad de género*, que se presenta en términos de “no limitar los esfuerzos de promoción de la igualdad de oportunidades a la adopción de medidas específicas a favor de las mujeres, sino movilizar todas las medidas y políticas generales específicas con el propósito de lograr la igualdad, teniendo en cuenta de forma activa y abierta en la etapa planificadora sus posibles efectos respecto a las situaciones respectivas de hombres y mujeres (la perspectiva de género). Ello supone estudiar de forma sistemática la dimensión de la igualdad en todas las medidas y políticas y tener en cuenta esos posibles efectos al definir las y aplicarlas” (Comunicación de la Comisión Europea “Integrar la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres en el conjunto de las políticas y acciones comunitarias”, (COM (1996) 67 final).

<sup>5</sup> La sentencia de 22 de febrero de 2018 del Juzgado de lo Social nº1 de Madrid ofrece un ejemplo novedoso, acerca de la transición entre prestaciones de Incapacidad temporal (recaías en procesos de cáncer de mama) y la situación por desempleo.

gasto- por cuanto se perciben como carga económica<sup>6</sup>, peor no generan derechos propios, sino que son sujetos causantes de los que otros son sujetos beneficiarios causahabientes.

## II. CONDICIONANTES CON IMPLICACIONES DE GÉNERO EN LA PROTECCION A LA FAMILIA

### 1. LO CONTRIBUTIVO Y LO ASISTENCIAL

En España la regulación sucesiva de la protección a la familia permite visualizar las fallas que la evolución del sistema normativo mismo genera en los niveles protectores de las situaciones de necesidad. En varios sentidos. Por una parte, *Lo Contributivo* y *Lo No Contributivo* se han mezclado, demasiado fácilmente, con *lo Asistencial*. De forma que los principios puros de construcción dogmática de los sistemas (requisitos de acceso, cálculo de las prestaciones, intensidad protectora) se han confundido; generando tanto zonas de desprotección (cuando está ausente algún requisito de acceso a la prestación), cuanto de sobreprotección (cuando se cumplen los requisitos pero no hay situaciones de necesidad real o ya están cubiertas por otras vías).

En una etapa inicial del diseño sistémico de la proyección a la familia, la persona trabajadora tenía derecho a prestaciones contributivas por matrimonio, por cónyuge a cargo, por nacimiento de hijo, por hijo a cargo; independientemente del umbral de recursos. Lo relevante era tener la condición de asegurado (afiliado y en alta) en el régimen de Seguridad Social correspondiente, así como reunir un periodo de cotización establecido reglamentariamente<sup>7</sup> El hecho familiar, se visualizaba en término de riesgo social puro traducido en un incremento de gasto.

No había ahí, tampoco, ningún tipo de perspectiva de género<sup>8</sup>, pero si parecía posible visualizar una pretensión de protección de la familia de la persona trabajadora. Reunidos los requisitos de acceso, actualizado el hecho familiar causante, se obtenía el derecho a la prestación, en forma de cantidad a tanto alzado o de subsidio.

Con la Ley 26/1990, de 20 de diciembre, por la que se establecen en la Seguridad Social prestaciones no contributivas (ley 26/1990 en adelante), a través del diseño de un nuevo nivel no contributivo, la protección a la familia se asistencializa; aunque ese proceso ya se había iniciado desde la reforma de 1985<sup>9</sup>, donde ya hubo atisbos hacia esa dirección en las prestaciones

<sup>6</sup> En una etapa inicial, en los esquemas de previsión social de los años 40, la esposa-mujer era considerada – *iure et de iure*– como una carga familiar, junto con los hijos, por convivir con el trabajador y depender económicamente de él. Independientemente de que desde un punto de vista económico, objetivamente no provocase ningún gasto a la unidad familiar o, si acaso, también contribuyera. Se equiparaba, en su consideración de incapaces económicamente, a los hijos, que causan gastos al varón, en ese caso como carga presunta, hasta que alcanzaban la edad legal de trabajar. A partir de ese momento, solo la discapacidad permitía la consideración del hijo como carga. En el caso de los demás familiares se proyectaba la misma idea: los familiares de primer y segundo grado, por línea directa o colateral, se consideraban a cargo si estaban incapacitados para el trabajo y convivían con el trabajador sujeto protegido

<sup>7</sup> Decreto 2065/1974, de 30 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social.

<sup>8</sup> Es más, antes al contrario, la esposa se percibe como una carga económica, lo que no deja de ser cuestionable. Y cuando los dos miembros el matrimonio pudieran ser beneficiario a partir de un hecho causante común (matrimonio o nacimiento del hijo), había una preferencia de atribución al *pater familias*.

<sup>9</sup> La Ley 26/1985 de 31 de julio, de racionalización de los recursos del sistema, que, reduce la acción protectora del sistema de la Seguridad Social en materia de prestaciones económicas de protección a la familia, exclusivamente a las asignaciones periódicas por hijos a cargo, legal (artículo 5 de la Ley) Es decir, se eliminan las prestaciones por matrimonio, por esposa a cargo y por nacimiento de hijo. Como contrapartida, se introduce un complemento por hijo a cargo para los afiliados de asignaciones periódicas por hijo a cargo en los que concurra la circunstancia de reducidos ingresos, como son los pensionistas con pensiones mínimas, los perceptores de prestaciones económicas por subsidio de desempleo; así como los desempleados que habiendo agotado el subsidio de desempleo sean beneficiarios de las prestaciones médico-farmacéuticas. (Art 5 del Real Decreto 2364/1985. de 18 de diciembre, por el que se regula el complemento de protección familiar por hijo a cargo en razón de menores ingresos del beneficiario en el Sistema de la Seguridad Social).

contributivas de protección a la familia. De suerte que la axiología de la aquella reforma<sup>10</sup> se tradujo en una merma de la acción protectora de la familia; y no queda claro si se sustancia en una nueva forma de percibir la institución en sí, o en un ajuste financiero sin más. Lo relevante es que, ahí, el hecho de tener cónyuge a cargo se infiltraría posteriormente en las distintas prestaciones (de jubilación, por desempleo), pero en la reforma deja de considerarse un riesgo asegurable que pueda generar una prestación *ad hoc*.

En la nueva regulación que realiza la Ley 26/1990 de la prestación por hijo a cargo (artículo 3 de la ley) se hace presente el concepto de *lo no contributivo*, pero se le vinculan elementos indisolubles de prestación asistencial<sup>11</sup>. Consecuentemente, en el marco del nivel no contributivo, la protección a la familia se desplaza como objetivo neutro, único o abstracto, para reconducirse a una protección de las familias pobres, con pocos o sin recursos. Y allí la perspectiva de género no está tampoco presente. Porque, paradójicamente se observa una creciente feminización de la pobreza<sup>12</sup>.

Junto a las prestaciones familiares no contributivas de Seguridad Social, estarían presentes prestaciones asistenciales externas al sistema, encuadrables en el marco de la asistencia social y los servicios sociales. Esto provoca que a las consideraciones técnicas anteriores se le hayan de sumar otras referidas a la organización territorial del Estado. De este modo cabe que desde el punto de vista de la distribución constitucional de competencias, Estado y Comunidades Autónomas es plausible que pudieran entrar en conflicto<sup>13</sup>; y éste se resolvería a partir de reglas de incompatibilidad atendiendo a la *misma naturaleza en cualquier otro Régimen público de protección social*.

## 2. EL MERCADO DE TRABAJO

Junto al anterior, la situación de las mujeres en el mercado de trabajo<sup>14</sup> constituye uno de los condicionantes más importante de la protección efectiva de la familia en clave de género. En direcciones disruptivas. Porque algunas prestaciones se destinan exclusivamente a proteger el hecho familiar ligado a la mujer (la prestaciones de maternidad ha sido el ejemplo paradigmático), y ahí podría entenderse que sí se optó por una perspectiva de género pero, sin embargo, paradójicamente, esas prestaciones, y aquéllas otras ligadas al favorecimiento de la conciliación de la vida laboral y familiar han tenido efectos adversos en clave de género, y han provocado un tipo de discriminación inversa<sup>15</sup>.

<sup>10</sup> Subyace a la Ley los principios de reforzamiento del carácter profesional, contributivo y proporcional de las pensiones de jubilación e invalidez; correlativa mejora de la protección no contributiva; mejora de la eficacia protectora por la reordenación de recursos, y racionalización de la estructura del Sistema, como indica su exposición de motivos.

<sup>11</sup> . Así, cuando ligado a no-contributivo se exigen requisitos de carencia de rentas, la protección a la familia se impregna de asistencialidad en dos direcciones; la primera: el elemento habilitante no es solo el hecho familiar, sino el encontrarse por debajo de un determinado nivel de renta per cápita; la segunda: la cuantificación homogénea de las prestaciones otorgadas sigue siendo uniforme pero se vuelve exigua, y desvinculada de la finalidad de resolver efectivamente una situación de necesidad. O dicho de otra manera; el hecho de tener hijos a cargo se protege sin atender al principio de suficiencia. Especialmente cuando se trata de prestaciones diferenciales, en las que la prestación se reduce aún más cuando se ha modulado el umbral de recursos exigidos para causar la prestación

<sup>12</sup> CANTO SANCHEZ, O. ET AL. “Crisis y brecha de riesgo de pobreza por género” Estudios de economía aplicada, 2016, Vol. 34, Nº 1, pp. 179-204.

<sup>13</sup> Porque no hay que olvidar que, al margen de la habilitación que el art. 149.1º.17ª CE ofrece al Estado, las distintas Comunidades Autónomas han asumido (*ex art 148.1.20ª CE*) competencias en materia de Asistencia Social y Servicios Sociales, y han implantado algunos planes de acción para la protección a la familia en forma de servicios sociales y/o prestaciones de tipo económico.

<sup>14</sup> Véase, CONSEJO ECONOMICO Y SOCIAL, *La participación laboral de las mujeres en España*. Madrid, CES, 2016, 157 p. OBSERVATORIO DE LAS OCUPACIONES. *Informe del mercado de trabajo de las mujeres estatal*. Madrid, SEPE, 2017, 103 p.; SECRETARIA DE EMPLEO, *Situación de las mujeres en el mercado de trabajo*. Madrid, Ministerio de Empleo, 2017, 85 p.

<sup>15</sup> Hasta la actualidad, (es plausible que haya cambios de patrones sociológicos en adelante), la situación de la mujer en el mercado laboral está muy condicionada por el hecho familiar. Y la proyección efectiva de la familia y de este hecho familiar están enervados por la posición laboral en el mercado de las mujeres trabajadoras /no trabajadoras. O dicho de otro modo, los patrones sociológicos ligados al cuidado de la familia han venido predeterminando distintos

(...)

Sin que sea el momento necesariamente ahora, si hay líneas generales que enmarcan el estatuto laboral femenino y los efectos prestacionales, en el sentido de que cuantitativamente, hay muchas cohortes de edad de mujeres trabajadoras con niveles bajos o medios de formación. Lo que conduce a una presencia mayoritaria de mujeres en ciertos sectores productivos en los que las exigencias de cualificación son bajas o aglutina conocimientos y competencias tradicionalmente femeninas (sectores feminizados<sup>16</sup>. En los que se da una dinámica circular perversa porque hay una infravaloración del trabajo y una remuneración más baja que en otros sectores, y unas tasas de temporalidad también diversas. Además, esos niveles de formación son el resultado de trayectorias vitales muy variadas según cohortes de edad, pero que son función de situaciones familiares (matrimonio, nacimiento de hij@s...). Y la formación conduce a posibilidades mayores o menores de empleabilidad (entrada en el mercado, permanencia, y en sectores de valor añadido o no).

A lo anterior se une un elemento condicionante con proyecciones diversas, como es el del tiempo disponible. Es decir, el hecho familiar genera en las mujeres necesidades distintas de tiempo para el cuidado; que se relacionan indirectamente con el tiempo marginal disponible para desarrollar una actividad profesional remunerada en el mercado de trabajo.<sup>17</sup>

Como resultado simplificado de lo anterior se produce la archiconocida y denunciada brecha salarial, que tiene incidencia directa en las brechas prestacionales<sup>18</sup>; pero no solo en lo que se refiere a la cuantía, sino también en los decalages llamativos de las carreras de cotización femeninas (según cohortes de edad, bien es cierto). Entrar y salir del mercado, y el modo en que se entra (sector, tipo de contrato, tipo de jornada, proyección profesional) incide en la protección social efectiva y suficiente de las situaciones de necesidad de las mujeres. Y en la base, subyaciendo, hay realidades familiares.

En este sentido, no es neutro que se decida otorgar una cuantía uniforme (tendencia asistencial) a las prestaciones familiares o que se fijen cuantías ligadas al salario de los beneficiarios (tendencia contributiva). O dicho de otro modo, según este conformado el mercado laboral, la configuración de esquemas contributivo-proporcionales favorecerá a los trabajadores cabeza de familia varones, con carácter general, si se atiende a la brecha salarial. Y los esquemas asistenciales de cuantía uniforme se dirigirán mayoritariamente a favorecer a familias monoparentales o familias biparentales pero de bajos ingreso/baja intensidad laboral. En los que la prestación familiar puede suponer un ingreso familiar relevante o no, atendiendo a su cuantía efectiva. Y puede llegar, si la cuantía es suficiente, a desincentivar la actividad laboral misma de los miembros de la unidad familiar susceptibles de integrarse en el colectivo de los activos. Donde el género supone un cierto riesgo, si se observan los patrones de empleo y de empleabilidad de las mujeres en especial situación de vulnerabilidad.

### 3. LAS REALIDADES SOCIOLÓGICAS

En este tercer grupo de condicionantes de género en la protección a la familia se inscriben características particulares de las mujeres en España que, si bien tiene manifestaciones individuales, se inscriben en tendencias colectivas de índole histórico-política consecuencia del papel asignado por el régimen franquista a la mujer, y que se traducen en una omnipresencia del hecho matrimonial en los esquemas de protección, de una parte, y en una feminización de las tareas de cuidado de los miembros de la familia,

---

posicionamiento de las mujeres en el mercado. y el mercado ha venido generando inercias referidas al rol de la mujer respecto de las instituciones familiares.

<sup>16</sup> Sirvan los ejemplos de la industria textil, del calzado, del trabajo doméstico, limpieza, servicios y de cuidados sociosanitarios.

<sup>17</sup> La temporalidad en la contratación, pero esencialmente la parcialidad, guardan relación directa con las necesidades de conciliación laboral y familiar. En este contexto se inscriben entonces las situaciones de excedencia en los contratos indefinidos, los contratos a tiempo parcial (voluntarios), y las reducciones de jornada por cuidado de familiares.

<sup>18</sup> CEBRIAN, I. "Tiempo cotizado, ingresos salariales y sus consecuencias para las pensiones diferencias por género al final de la vida laboral" *Cuadernos de relaciones laborales*, 2015, Vol. 33, N° 2, pp. 311-328.

## A) El Estado civil y las relaciones de filiación

Por lo que respecta a lo primero, la familia constituyó uno de los núcleos esenciales del Estado desde los años 40. Y el matrimonio canónico era el epicentro de la contribución natalista al desarrollo de la Patria. Así, el estado civil femenino natural sería el de casada, y las demás situaciones, o eran transitorias (la soltería<sup>19</sup>), o eran consideradas patologías (viudedad) sociales. Entonces los hijos matrimoniales eran los únicos legítimos y los extramatrimoniales, de nuevo, constituían patologías. O dicho en otros términos, el matrimonio se concebía como la institución jurídica en la que se había de imbricar la filiación. De esta manera, las instituciones jurídicas de protección a la familia se ligaban al estado civil de la madre.

En esa idea de familia, se consagra la idea de la “carga familiar” como riesgo protegido del que se hablará más arriba, de manera que el sujeto protegido tenía una esposa e hijos a cargo. Y ligado a esto, la convivencia parecía una *conditio sine qua non*.

Ese modelo de familia, hoy aunque permanece, deja ser el único admitido. Es más, el art 39 CE consagra un modelo abierto de familia que, en la actualidad recoge una pluralidad de tipos familiares. Así, y aunque no constituyan una realidad mayoritaria, se hacen patentes familias ancladas en reglas ideológicas, culturales o religiosas que modulan el estándar matrimonial. Y las parejas de hecho, los matrimonios celebrados bajo el rito gitano o los matrimonios poligámicos son tres ejemplos clave de déficit de protección por razón del género.<sup>20</sup>

No obstante lo anterior, diluida la uniformidad del estado civil único de antaño, el hecho matrimonial -que podría llamarse la *obsesión por el matrimonio de las mujeres protegidas*- sigue estando presente como elemento central en algunas prestaciones de protección a la familia, con las implicaciones que en clave de género eso tendría. Es más, en el caso de algunas pensiones -la de viudedad es hoy un ejemplo, pero hubo ejemplos anteriores<sup>21</sup>- se pierde la pensiones causada cuando se contrae un nuevo matrimonio; como si el hecho matrimonial en sí mismo permitiera *superar iure et de iure* la situación de necesidad cubierta por la prestación.<sup>22</sup>

Por el contrario, distinta dirección ha venido presentando la protección de la filiación, que se desvinculó relativamente pronto del hecho matrimonial de los progenitores. De forma que se protegió pronto a los hijos extramatrimoniales o biológicos, pero no a las mujeres que mantenían análoga relación de conyugalidad.

Y es esa idea de familia con maternidad y paternidad la que permea en los esquemas protectores; cuando, sin embargo, concomitantemente al modelo clásico, hay una situación familiar que se hoy ha normalizado en términos sociológicos, y que hace referencia a la monoparentalidad, sobrevenida (por viudedad, separación o divorcio) o inicial (madres solas),

<sup>19</sup> Incluso la soltería permanente quedaba normalizada en el buen entendido que la soltera habría de proceder al cuidado de ascendientes o parientes (varones) de segundo o tercer grado por línea colateral. Solo sirva ver la conformación de las prestaciones en favor de familiares entonces vigentes.

<sup>20</sup> La denegación de pensiones de viudedad en estos casos, y a pesar de la reforma introducida por la Ley 40/2007 siguen siendo zonas de desprotección desde la perspectiva de género. Paradójicamente, como una excepción temprana a la desatención del género, pero en el ámbito también de la pensión de viudedad, la doctrina constitucional de reconocimiento de la pensión a la mujer superviviente de una pareja de hecho antes de la entrada en vigor de la ley del divorcio, ofreció un paradigma de razón jurídica con perspectiva de género (para la protección de las mujeres con convivencia extramarital cuando no estaba permitida la disolución de una unión matrimonial previa. Al mismo tiempo que insistía en el hecho matrimonial como eje central de la protección tras la entrada en vigor de la ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil.

<sup>21</sup> En la regulación de las asignación por hijo a cargo del antiguo 168 TRLGSS de 1974, las viudas perdían el derecho a la asignación pro hijo a cargo cuando contraían nuevo matrimonio, como si ese nuevo esposo hubiera de asumir la carga de los hijos de un asegurado causante precedente.

<sup>22</sup> Y de nuevo aquí se ofrece un ejemplo puntual, marginal, de una relativa perspectiva de género, en el hecho de permitir el matrimonio de las personas beneficiarias -mujeres en un porcentaje muy elevado- de pensiones de viudedad con porcentaje cualificado por carecer de ingresos suficientes. Aquí no se enerva la centralidad del hecho matrimonial, sino que las vicisitudes metajurídicas que provocaba la convivencia sin unión matrimonial de personas viudas de una determinada edad (mujeres) provocó una sensibilidad legislativa anecdótica.



voluntaria o involuntaria. Es decir, el modelo de familia compuesto por un progenitor/a y su progeñie.

En otros momentos históricos pretéritos en España, las familias monoparentales eran consideradas bien una patología moralmente aceptada (la de las viudas con hijos huérfanos a cargo), bien una patología con tacha de inmoralidad (la ligada a la realidad de las madres solteras sin progenitor coadyuvante del cuidado de los hijos). En la actualidad, lejanas esas ideologías de trasfondo, la monoparentalidad sigue siendo una realidad sin apenas definición jurídica (salvo la contenida en el art. 357.2º, segundo párrafo de la del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (en adelante, LGSS2015. Y se trata de una realidad con perfil de género.

Al género, además se ligan aspectos ligados a la nacionalidad. Porque las realidades familiares en España son polimorfos a partir de un fenómeno migratorio intenso, en los que hay fenómenos de agrupación familiar asimétrica (hij@s pero no cónyuges) desde otros países, así como la importación de reglas sociológicas distintas respecto de cómo entender las responsabilidades familiares por hombres y mujeres. El abandono de hogar del progenitor varón pero no solo, las familias numerosas en los que a veces hay descendencia de distintos padres, la maternidad en adolescentes muy jóvenes son fenómenos sociológicos con repercusiones en el propio modelo de familia a proteger.

En sentido opuesto, además, las estructura familiares mononucleares -progenitor/res con hij@s- (tras la crisis económica de un modo claro, pero también como ejemplos de unidades familiares con sustento culturales o religiosas en otros casos determinados) cohabitan con estructuras familiares complejas, en los que conviven tres o más generaciones (ascendientes y descendientes de personas incluidas en los esquemas de protección social).

## B) Las tareas de cuidado

Como segundo condicionante sociológico, derivado de un rol histórico asignado a las mujeres por el régimen político preconstitucional, pululan con implicaciones de género las tareas de cuidado (del hogar, de los hijos, de los parientes enfermos, de los familiares ancianos<sup>23</sup>).

Sin que sea posible ahondar aquí en esta idea, hay una constante sociológica en que el cuidado constituye una labor femenina<sup>24</sup>; dado que necesita cualidades femeninas (suavidad, dulzura, paciencia...) se desarrolla mejor por mujeres.<sup>25</sup>

Eso se proyecta no solo en los roles que las mujeres han tenido en sede familiar, sino en la feminización de un sector completo de los cuidados, en los que el género despliega todo su elenco potencial. En este sentido la extensión y la intensidad de la protección –de la familia en lo que aquí interesa- de las trabajadoras de servicio doméstico ligadas al sistema especial de empleadas de hogar (y al anterior Régimen especial) tiene repercusiones cuantitativas relevantes en términos de género. Y lo que se diga más adelante, podría elevarse a una nueva potencia en este ámbito.

Pues bien, esa atribución del cuidado ha predeterminado, como se ha visto antes, la situación de las mujeres en el mercado laboral<sup>26</sup>. Que salen de él como consecuencia de la maternidad o del

<sup>23</sup> E incluso, si se apura el concepto aunque no se desagregue, de las tierras, explotaciones ganaderas y de los comercios. En efecto, las colaboraciones familiares gozan de presunción de no-laboralidad (1.3.e del estatuto de los Trabajadores) y en han estado invisibilizada la actividad de las trabajadoras autónomas; temas estos que sobrepasan el objeto del que se trata aquí, por mas que guarden relación.

<sup>24</sup> ELIZALDE SAN MIGUEL, B. “¿Femenino e informal? El modelo tradicional de cuidados a examen desde una perspectiva demográfica” *Revista Prisma Social*, 2018, nº 21, pp. 243.262.

<sup>25</sup> Y la prestación de maternidad más allá de las seis semanas ligadas al descanso físico tras un parto en la maternidad biológica responde a estas consideraciones, con matizaciones e intentos de corrección en los casos de adopción y acogimiento, donde no hay preferencia por la madre ni derechos derivados de ella, sino que ambos progenitores son eventuales cotitulares en potencia.

cuidado de descendientes o ascendientes en situación de dependencia; o que entran condicionada y estigmatizadamente. Su relación con el mercado (ser *outsiders*) puede colocar a las personas trabajadoras (y a las mujeres, claro) mujeres en situación cualificada de ser carga económica del cónyuge. Pero también cuando las personas están en están dentro del mercado, el hecho familiar les puede generar vicisitudes especiales, cuando se les atribuye la responsabilidad familiar. Vicisitudes conexas con –la falta de/ los efectos de- conciliación de la vida laboral y familiar.<sup>27</sup>

Ligado a lo anterior, la convivencia con los familiares que reciben la tarea de cuidado se presupone como elemento condicionante de una protección más merecida por el sistema. Pero no siempre el cuidado conlleva dicha convivencia, y se dan dos posibilidades: convivencia sin cuidado, de una parte, y relación intensa de cuidado sin convivencia; especialmente respecto de personas mayores dependientes<sup>28</sup>. Formalizar la trascendencia del cuidado a partir de la convivencia, resulta entonces peligroso en términos de perfección de la protección y género.

Todos estos condicionantes de género resultarían concomitantes a los esquemas de protección actuales. Desatenderlos, para no analizar los efectos colaterales o para dejar de proteger las situaciones de necesidad específicas en los que están presentes, constituye el peligro que se ciñe sobre una protección equitativa en términos de género, eficaz y eficiente de la familia por el sistema español. De ahí que se haya de realizar una doble revisión (*lege data* y *lege ferenda*) de la misma.

### III. UNA REVISIÓN *LEGE DATA* DE LA PROTECCIÓN –INEFICIENTE/INEFICAZ– DE LA FAMILIA

Con carácter previo, cuando se pretende analizar aquí la protección social de la familia sin perspectiva de género, se ha de aclarar que se concibe un espectro de prestaciones de Seguridad Social más allá de las prestaciones familiares en sentido estricto. Porque estas son el núcleo esencial de los esquemas protectores, pero la protección a la familia se puede entender como algo

<sup>26</sup> Más allá de las excedencias forzosas por matrimonio y por nacimiento de hijo de la época preconstitucional, la percepción de que son las mujeres las que han de cuidar de los hijos conduce a ciertas opciones individuales en el mercado de trabajo.

<sup>27</sup> Y aquí sirva solo mencionar dos ejemplos muy recientes de esto. Opuestos, pero que conducen a la misma conclusión. Se mantiene, de un lado, una tendencia a atribuir a las mujeres las tareas de cuidado y si es preciso se les ofrece la posibilidad de la reducción de jornada para el cuidado de ascendientes por afinidad (sentencia del Juzgado de lo Social N.º. 3 de León, Sentencia 30/2018 de 26 Enero 2018, Rec. 761/2017). La sentencia hace un análisis pulcro de la reducción de jornada para el cuidado de familiares pero, al aplicarlo para justificar una reducción para el cuidado de la suegra de la trabajadora, sin pretenderlo, obvia una perspectiva de género necesaria, la de que se al el hijo de la anciana que precisa los cuidados quien opte por la reducción. Se perpetúa el rol de cuidado de las mujeres. Si bien es cierto, eso solo sería sociológicamente predicable de ciertas cohortes de edad

De otro lado, hay que valorar como algo muy loable que los varones asuman tareas de cuidado; por esta razón, cuando eso tenga repercusiones laborales, se ha de tratar de eliminar de la manera más completa los efectos negativos del hecho del cuidado familiar (sentencia del Juzgado de lo Social 1 de Cáceres, de 5 de enero de 2018). La sentencia aplica un criterio hermenéutico humanizador, y considera que un trabajador afecto de lesiones constitutivas de un grado de incapacidad permanente total para su profesión habitual de peón agrícola, que reúne el periodo de carencia pro acreditar una prolongada carera de cotización, merece la protección aunque acceda desde no alta y la situaciones tenga un origen común. Y se llega a esta conclusión porque el trabajador había permanecido mas de 24 meses sin estar inscrito como demandante de empleo por haberse dedicado al cuidado de sus padres enfermos.

Sendos casos plantean un interrogante primero, a saber, el de si el resultado de los órganos judiciales habría sido el mismo si el género de las personas implicadas hubiera sido otro. Es decir, si a un yerno se le habría reconocido judicialmente el derecho a la reducción de jornada (aunque no parece plausible hoy una demanda de esas características), o si a una trabajadora con larga trayectoria profesional, afecta de lesiones incapacitantes definitivas para su profesional, vería reconocida una prestación aun no estando de alta ni en situación asimilada por haberse dedicado al cuidado de sus padres enfermos Pero también un segundo interrogante, el de si cabe que el género pueda dejar de ser condicionante subrepticio e inconsciente de los esquemas de protección social en general y de la familia en particular.

<sup>28</sup> Se hace urgente la reconducción de la protección de la dependencia a la Seguridad Social; donde la situación de la persona dependiente sea el riesgo a proteger. Otras fórmulas que atienden a los cuidadores no siempre les protegen íntegramente, porque no se trata de compensar las tareas de cuidado (que serán realizadas eminentemente por mujeres) sino de proteger la situación de vulnerabilidad de aquella persona que requiere de otras para desarrollar las funciones esenciales de la vida diaria.

más omnicompreensivo. En contra de la oposición excluyente Protección a la familia *versus* Prestaciones familiares se opta aquí por una vis integrativa que incluye éstas en aquélla.

En sentido estricto, en el sistema español de Seguridad Social (y en los esquemas protectores previos<sup>29</sup> a la Ley de Bases de 1963 y sus normas de desarrollo) han estado presentes las prestaciones de “Protección a la Familia”. Sería el núcleo genuino. Pero, si se observa habría, desde esos momentos anteriores, otros núcleos prestacionales plausibles de ser considerados, quizás de modo inespecífico o tangente, también como de protección al hecho familiar<sup>30</sup>. Así, la protección de la Supervivencia<sup>31</sup>, y de la Maternidad vendrían a representar formas complementarias de proteger accesoriamente el hecho familiar, si bien ni en su conjunto (sólo cubre a cónyuges supérstites y eventuales descendientes supervivientes, y solo partir de la muerte de un sujeto causante) ni con generalidad (a la trabajadora que da a luz en la regulación originaria).

Esa triada se mantuvo presente tras la conformación del sistema de Seguridad Social en los años 60, y del mismo modo que las prestaciones familiares, se han visto reformados desde entonces. No siempre con la misma lógica, ni en las mismas direcciones.

Sí hay coincidencia, sin embargo en que, como paradoja, en esos tres núcleos de prestaciones que comparte el hecho familiar como elemento inherente a la situación protegida, no hay una percepción sistemáticas de las implicaciones para el género, salvo algunos matices.

## 1. EL HECHO FAMILIAR

En los esquemas variados de protección a la familia el hecho familiar es multiforme, y puede tener distintas funciones desde la perspectiva de la técnica prestacional. De modo que para revisar la incidencia del género se ha de ubicar primero su relación con el ese hecho familiar mismo.

Ese hecho familiar (el matrimonio, la filiación, la relación de parentesco) puede constituir el elemento intrínseco de la situación protegida. Sólo, o acompañado de otros requisitos adicionales (de la condición de asegurado, o de contribuyente al sistema, de de convivencia, estar a cargo o carencia de rentas, por poner algunos ejemplos). Pero también puede ser un hecho familiar que tenga relevancia prestacional ( a) porque sirva para modular el acceso, b) para modular la cuantía<sup>32</sup>, c) para matizar el régimen jurídico, de conservación, suspensión o extinción de una prestación, se trate de una prestación familiar o no).

En todos los casos, hay una cuestión trascendente ligada al hecho familiar, que guarda relación, cuando corresponde, con el carácter más o menos formal de las exigencias formales. Y aquí el género podría tener algún tipo de incidencia. Porque la documentación de las condiciones familiares no siempre es obvia, por más que se presuponga la colaboración de un registro civil u organismo análogo que certifique y de fe pública. Y el género emerge en este ámbito cuando los hechos familiares tienen elementos de extraterritorialidad (mujeres y familias extranjeras), o cuando las mujeres carecen de la titularidad de la documentación acreditativa (partidas de nacimiento, libros de familia..) de relaciones y hechos familiares (por aplicación de Derecho Extranjero en el que no rige el principio de igualdad y no discriminación)

<sup>29</sup> Los Subsidios familiares y los esquemas empresariales del Plus Familiar se remontan a finales de los años 30, con la Ley de 18 de julio de 1938, del Subsidio familiar.

<sup>30</sup> BLAZQUEZ AGUDO, E.M. *Las prestaciones familiares en sistema de la Seguridad Social*, Madrid: BOE, 2005, 328 p.

<sup>31</sup> En el marco del Seguro Obligatorio de vejez e Invalidez, del seguro de Accidentes de Trabajo, y de las Mutualidades Laborales estuvo presente la protección de la supervivencia, en orden a proteger como beneficiarios por derivación, a los causahabientes del trabajador fallecido.

<sup>32</sup> Porque module la cuantía final de la misma, bien porque modifique los porcentajes aplicables, o porque sirva para reducir las prestaciones de la misma naturaleza concurrentes en la misma unidad familiar, por poner algunos ejemplos.

## 2. PRIMERA DIMENSIÓN: LAS PRESTACIONES DE PROTECCIÓN A LA FAMILIA

### A) Prestaciones ligadas a conciliación laboral

Dentro de esta categoría se inscribirían, en primer lugar, las prestaciones familiares de la modalidad contributiva, que podrían reformularse como prestaciones de Seguridad Social que esencialmente sustentan la conciliación de la vida laboral y familiar. De suerte que la protección a la familia se ubica en un segundo plano, en la medida en que las medidas laborales son las que directamente atenderían a una presunta protección del hecho familiar. Y la estructura prestacional se ancla, más bien, en la realidad jurídico-laboral. Este doble nivel, esta disociación es la que provoca algunas ineficiencias, desde una perspectiva de género. Especialmente porque aquí emergen las condiciones de las que se tratara más arriba, las relativas las consideraciones de las labores de cuidado y la posición de las mujeres en el mercado aboral.

Se podría comenzar por el análisis de la prestación familiar contributiva contenida en el artículo 237.1º LGSS2015). Para decir, como primera crítica, que no constituye en sentido estricto prestación alguna. Como herramienta de cómputo de cotizaciones ficticias (los periodos indicados tendrán la consideración de periodos de cotización efectiva a efecto de ciertas prestaciones, a saber, las de jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia y maternidad y paternidad) no dejan de tener su virtualidad reequilibrante de la carrera de cotización de una persona trabajadora asegurada. Ahora bien, que no se traduzca en una prestación económica merma las posibilidades de una protección efectiva de la familia y del hecho familiar (cuidado de hijo en los términos del art. 46.3 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores; ET en lo sucesivo). Tanto más cuanto el hecho generador es una situación de excedencia laboral en la que, por esencia, se suspende la obligación de prestación de servicios y correlativamente la de remunerar. O dicho de otro modo, en este tipo de prestaciones contributivas (donde lo contributivo no se hace evidente, porque no se exigen requisitos de contribución, sino una mera situación de excedencia, independientemente de la duración del vínculo laboral y de aseguramiento público) no se alcanza ningún tipo de cobertura de necesidades económicas del beneficiario. Y tanto menos de los menores que han generado la situación de necesidad protegida.

Esa situación que se pueda prolongar hasta tres años (por cada hij@), indirectamente puede generar que se perpetúe la salida del mercado laboral de la persona que asume el cuidado. Y habría que tener en cuenta que si es una mujer eso se traduce en una privación de recursos monetarios durante ese tiempo. Es decir, en términos de género, eso se traduce en que el sujeto que accede a la prestación requiere de un *breadwinner* al lado, y se presume que existe. Las disfuncionalidades aparecen cuando no hay dos progenitores en la unidad familiar, sino uno; que, sin tener rentas sustitutivas del trabajo (porque no hay prestación monetaria) se ve abocado a mantenerse en activo y renunciar a la posibilidad de solicitar una excedencia por cuidado de hij@s. O en otras palabras, este mecanismo poco permite la conciliación, y por ende poco protege la familia, por ejemplo, en supuestos de monoparentalidad. Salvo que se pueda acceder a otro tipo de prestaciones –no contributivas- familiares<sup>33</sup>.

<sup>33</sup> Pero para mayor abundamiento, en el caso de las excedencias para el cuidado de otros familiares (art. 237.2º LGSS2015), hasta segundo grado de consanguinidad o afinidad (y aquí se pueden dar por reproducidas las reflexiones sobre la afinidad al hilo de la sentencia del juzgado de lo Social número 3 de León de 26 Enero 2018, Rec. 761/2017) que se encuentren en situación de dependencia, por simplificar, la prestación contributiva de cotización ficticias solo abarca parcialmente el periodo de excedencia. Con las implicaciones que se derivarían para el periodo no cubierto. Si a eso se une que las salidas del mercado afectan a la empleabilidad de esa persona (con independencia del género pero con evidente mayor incidencia en mujeres), tanto más si hay reiteración, incluso la efectividad última de las cotizaciones ficticias podría no tener efectos netos; porque no alcance a tener derecho, en el largo plazo, ni sumando esos periodos, al tipo de prestaciones previstas. De las que, por ende, se excluyen prestaciones con incidencia más cortoplacista (desempleo o incapacidad temporal), con las excepciones de prestaciones de maternidad y paternidad.

Imbricado con el esquema anterior, el artículo 237.3º LGSS2015 prevé que los dos primeros años de reducción de jornada por cuidado de menor, y el primer año de reducción por cuidado de familiar dependiente (ex art 37.6 ET) se computarán incrementadas hasta el 100 % de la cuantía que hubiera correspondido si no se hubiera producido dicha reducción. De la misma manera que en el caso anterior, no hay prestación económica alguna, sino una ficción que consiste en el mantenimiento del valor de las cotizaciones como si no hubiera reducción de jornada con reducción proporcional de salario (y por ende de cotizaciones). E igualmente, hay una restricción añadida a la vigencia de la medida, y que se refiere al tipo de prestaciones respecto del que se predica.

Aquí, de nuevo, sirva traer las consideraciones relativas al género. De modo que, si la protección a la familia es indirecta (porque no hay rentas sustitutivas en el momento de la reducción, sino que se proyecta el efecto más allá en el largo plazo), y se ampara la conciliación de la vida laboral y familiar, parece no haberse tenido en cuenta los efectos de que sean mayoritariamente mujeres las que reducen jornada, durante más tiempo, y en mayor porcentaje. Los efectos contributivos solo se amortiguan en edad/situación pensionable, pero en el momento en el que el hecho familiar presenta relevancia activa, no hay renta sustitutiva. Y la medida, en sí misma, tampoco daría sustento económico efectivo a la reducción de jornada de personas (mujeres) cabeza de familia monoparentales<sup>34</sup>.

En una línea semejante, los artículos 235 y 236 LGSS2015 contienen esquemas de protección basados también en la consideración como asimilados de periodos (112 días por parto de un hijo y catorce días más por hijo en caso de parto múltiple) en los que sólo no ha habido cotización, sino que tampoco ha habido una situación de alta real en el sistema.

En el artículo 235 LGSS2015 se contempla la consideración de periodo de cotización asimilados por parto cuando una mujer no hubiera podido disfrutar (por no ser trabajadora o funcionaria) de pensión de maternidad y por ende, no se hubiera cotizado durante los periodos establecidos (dieciséis semanas o las que correspondan por parto múltiple). De nuevo, esta medida se incorpora como de protección a la familia pero, *stricto sensu*, sería una herramienta de compensación del hecho familiar (parto) de mujeres que no estaban en el mercado de trabajo en el momento en que dicho hecho aconteció. O en otros términos, sería una medida de reequilibrio entre generaciones y entre mujeres, al margen de la condición laboral.

Y en el artículo 236 LGSS2015 se asimilan como cotizados ciertos periodos de interrupción de la cotización por extinción de la relación laboral ligados al hecho familiar nacimiento de hijo o adopción. Esa asimilación tiene una primera limitación, que es que los periodos considerados con esta regla no pueden computarse para entender cumplidos periodos de carencia de prestaciones. Lo que ya constituye una restricción importante si se predica de personas con carreras de cotización cortas, discontinuas e irregulares. Un segundo límite se hace evidente cuando la medida sólo se puede predicar de un progenitor. Si el nacimiento de un hijo fuera causa presunta de extinción de la relación laboral (los nueve/tres meses anteriores y los seis años posteriores actúan como un arco temporal difuso), y eso afectase a los dos progenitores, no se entiende por qué no cabe proteger a ambos. Además, en caso de controversia, y esto es un elemento ambivalente, hay una opción para que la asimilación se aplique a la madre. En el fondo, tras una redacción aparentemente neutra, pareciera que el legislador pretende proteger una realidad social eminentemente femenina (las consecuencias de la maternidad que anteceden incluso al parto y a las

<sup>34</sup> Como una reflexión añadida, sería necesario indicar que hay una pequeña laguna de protección en todo caso. Porque se pretende proteger la integridad de cotización a tiempo completo de las personas que deducen su jornada por razón de cuidado sobrevenidamente. Pero no se incluyen los supuestos originarios de trabajo a tiempo parcial que se justifican del mismo modo, por la asunción de tareas de cuidado. Opción económico-laboral por la que optan, eminentemente mujeres y que, por ende tiene repercusiones clara de género. Tanto más cuando, hay un elemento jurídico con muchas repercusiones de facto, que tiene que ver con la necesidad de la adquisición de la empresa, y en las dinámicas empresariales suele haber tendencias ocultas a favor de las reducciones femeninas...

necesidades de cuidado), en los que hay extinción de la relación laboral sin aparente presencia de consideraciones discriminatorias<sup>35</sup>.

En estas fórmulas contributivas rediseñadas por el legislado actual, hay una preferencia por el progenitor madre, en orden a conceder cotizaciones ficticias, lo que parece traducir una realidad constatada por el legislador las interrupciones de las carreras de cotización que se pretenden compensar son femeninas. Lo que podría desincentivar que los varones hicieran esfuerzos en clave de conciliación de la vida laboral, que ulteriormente no tendrán compensación a través de cotizaciones ficticias.

En este punto cabe preguntarse si se ha de proteger a la mujer entonces por derivación, o ha de tratar de evitarse ese efecto, siquiera indirecto, al afectar su estatuto laboral cuando se protege a la familia. O dicho de otro modo, ha de realizarse una observación pluridimensional y omnicompreensiva, para identificar los elementos técnicos de la protección a la familia (sujetos/objeto/eficacia).

Se requiere, entonces valorar la posibilidad de que haya otros esquemas de protección neutros en términos de género, o neutralizadores/neutralizantes. Habría quizás, que pasar de la lógica de proteger contra las “cargas familiares” en términos económico, a proteger la distribución del cuidado, sin distinguir entre varones y mujeres cuidadores.

Hay una prestación –que se podría considerar como- familiar que no se encuentra sin embargo regulada en el capítulo XV dedicado a la Protección a la familia a pesar de que protege un hecho familiar muy concreto y una situación de conciliación muy precisa. No obstante su ubicación en un capítulo *ad hoc*, el Capítulo X (artículo 190 y siguientes LGSS2015), podría ser el paradigma de protección contributiva del hecho familiar porque se ancla en la exigencia de un periodo de carencia previo y el cálculo de la prestación es proporcional a las contribuciones realizadas. Con efecto de renta de sustitución claro<sup>36</sup>.

No obstante lo anterior, y a pesar de que se trata de una prestación con un impacto de género muy claro, si se atiende al perfil de los progenitores cuidadores de este tipo de menores que requieren hospitalización como consecuencia de la enfermedad grave que les afecta, sin embargo, su regulación presenta algunas disfunciones que, de modo reflejo, afecta eminentemente a mujeres.

Por un lado, la prestación se prevé para supuestos de hospitalización y en caso de enfermedades listadas. He aquí los dos límites: Uno: qué pasa cuando hay continuidad del tratamiento en el domicilio, más allá del tratamiento en régimen de tratamiento hospitalario y, Dos: qué sucede con las situaciones de patologías no listadas en la norma reglamentaria (Real Decreto 1148/2011, de 29 de julio; en adelante RD 1148/2011). Límites que actúan alterna o concomitantemente<sup>37</sup>. En sendos casos, las situaciones no cubiertas por la regulación de la

<sup>35</sup> O dicho de otro modo, las extinciones de relaciones laborales temporales que pudieran tener relación con el hecho familiar pero que no encajan jurídicamente en los despidos discriminatorios ligados a la maternidad/paternidad y conciliación familiar, resultan protegidas de modo indirecto a través de esta medida. Y el género de hace presente de nuevo. Con clara incidencia en la limitación temporal del periodo que se estima asimilado a cotizado, 270 días como máximo.

<sup>36</sup> Porque protege con una prestación económica la situación de reducción de jornada que se produce para el cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave. En estos casos, previo cumplimiento de los requisitos contributivos que se exigen para el supuesto general de maternidad y paternidad, se concede una prestación económica de cuantía proporcional a la reducción de salario consecuencia de la reducción efectiva de jornada para atender al cuidado directo, continuo y permanente de un menor afecto de enfermedad grave que requiera hospitalización y tratamiento continuado de la enfermedad. En principio, aquí, el cuidado del menor si el bien jurídico protegido y lo es monetariamente, en el mismo momento en que se produce el hecho familiar relevante. Además, en los términos del art 237.3º segundo párrafo, los periodos cotizados se incrementan al 100 % de la cuantía que hubiera correspondido de no haberse producido la reducción, y respecto de un elenco de prestaciones relativamente amplio, que incluye la situación de incapacidad temporal.

<sup>37</sup> En ese ámbito, además, la labor interpretativa judicial tendría poco recorrido, en la medida en que la variada casuística dificulta el acceso a casación, y en instancias inferiores solo cabe la aplicación estricta de la norma. La Sentencia del tribunal Supremo de 5 de febrero de 2018 (rec. 680/2016) es ejemplo de ello.

prestación, acabarían reconducidas a reducciones de jornada y/o excedencias, con los efectos señalados más arriba.

Hay, sin embargo un intento de neutralizar el efecto en el género, y se refiere a la posibilidad de que, aunque solo uno de los progenitores puede disfrutar el derecho aunque los dos reúnan los requisitos, se ha diseñado un sistema de disfrute en alternancia. De modo que cabe que los progenitores se alternen en el disfrute de reducción y de prestación: cuando uno disfrute de la situación protegida, la incompatibilidad subjetiva se resuelve a través de la suspensión alternante de las prestaciones concurrentes. (art. 4.3º del RD 1148/2011).

A lo anterior se unen las disfunciones derivadas de la gestión; y que replican las que se producen en la gestión y control médico de la incapacidad temporal<sup>38</sup>. Eminentemente referida a las exigencias formales/documentales que son competencias de servicios públicos o privados de salud distintos de las entidades gestoras.

## B) Prestaciones no contributivas

Las prestaciones familiares en su modalidad no contributiva se regulan en un Título VI, en el Capítulo Primero (art. 351 y ss. LGSS2015), alejadas de las prestaciones que se han mencionado hasta ahora. Como si protegieran algo distinto. Pero se denominan de protección a la familia... En este grupo de prestaciones sí hay prestaciones económicas en sentido estricto. Ahora bien, bajo la etiqueta de ser de una modalidad no contributiva, en realidad, se trata de prestaciones, algunas asistencializadas.

Así, las asignaciones por hijo a cargo, y las prestaciones por nacimiento o adopción en supuestos excepcionales exigen un requisito de umbral de rentas familiar (carencia de rentas). Por el contrario, la prestación por parto o adopción múltiples, no requiere acreditar dicho umbral de ingresos.

Al margen de disfunciones en otras direcciones, en lo que aquí interesa, la principal disfunción aquí radica, no solo en la consideración de las rentas familiares (ingresos de los dos progenitores cuando conviven), sino en las cuantías en sí mismas<sup>39</sup>. Además, el cómputo de los ingresos del otro progenitor puede inhibir el nacimiento del derecho a las prestaciones familiares, con la desprotección consiguiente del hecho familiar, y eso no tiene efectos neutros. En efecto, el cómputo de rentas de los dos progenitores cuando conviven puede enervar a veces el otorgamiento de la prestación a uno de ellos. Eso conlleva el potencial ocultamiento de la convivencia de un lado y, lo que es más relevante, de la actividad económico- productiva de alguno de ellos. Lo que es especialmente evidente cuando hay espacios de informalidad (trabajo parcial con horas superiores, trabajo de servicio doméstico, por ejemplo).<sup>40</sup>

Entre las prestaciones, llama la atención la cobertura de situaciones excepcionales familias numerosas, familias monoparentales y la de madres discapacitadas. La perspectiva de género aquí

<sup>38</sup> Especialmente cuando al entidad gestora es una Entidad Colaboradora. En estos casos hay una tendencia a la interpretación estricta de la norma. La Sentencia de Tribunal Supremo de 28 de junio de 2016 (rec. 80/2015) resuelve a favor de una madre y declara el derecho a la prestación, que había sido denegado por la entidad colaboradora competente. La Sala entiende que "...el hecho de que el menor esté escolarizado...no supone, dada la gravedad de sus dolencias y las severas limitaciones que comportan, que durante el tiempo en el que permanece en su domicilio no tenga que ser objeto de intensos cuidados por parte de su madre, de manera, directa, continua y permanente.." (Fundamento jurídico Tercero. 3 de la Sentencia arriba citada).

<sup>39</sup> Si potencialmente el colectivo de personas beneficiarias potenciales serían mujeres, que las prestaciones sean de cuantía exigua, les impide cubrir suficientemente las necesidades familiares. Especialmente cuando subyace la presunción de que las rentas familiares se destinan unívocamente al mantenimiento de los menores a cargo. Dicho en otros términos, podría darse la paradoja de que en núcleos con dos progenitores que tienen sendas fuentes de ingreso, solo los ingresos de uno se dedican materialmente al mantenimiento del menor. Y estas situaciones patológicas también pueden tener un perfil femenino (mujer inmigrante o no, con baja formación, y empleos de baja cualificación con bajos salarios).

<sup>40</sup> Si la informalidad es eminentemente femenina eso entraña, como efecto irradiado, la exclusión de la protección o la infra-protección de la mujer trabajadora informal respecto de otras situaciones distintas al hecho familiar; por cuanto cuando se ocultan remuneraciones, hay efectos en las carreras de cotización.

es innegable (las madres son las beneficiarias objetivo de la protección), pero la exigencia de prueba de ingresos, y el cómputo de las rentas del otro progenitor cuando hay convivencia de la madre y el padre, enerva los efectos potenciales de las prestaciones. Prestaciones que, por otro lado bajo la forma de pago único de cierta cuantía tampoco satisface necesidades económicas relevantes de la familia, tanto menos en los supuestos de familias excepcionales como las que se contemplan.

El requisito de que la persona beneficiaria no lo sea de otras prestaciones de análoga naturaleza (proporcionadas desde una comunidad autónoma, por ejemplo), inhibe de nuevo el potencial protector. Y restringe las fuentes de ingresos de las familias más desfavorecidas económicamente -como en un intento loable de prevenir la trampa de la pobreza- pero que tiene efectos en personas en riesgo de exclusión social (que tiene perfil femenino).

### C) Maternidad y paternidad

El elemento o hecho familiar también se advierte en la prestación de maternidad; no en vano, la contingencia que esta prestación responde -además de al restablecer la salud de la madre tras el alumbramiento-, aunque sólo parcialmente, al objetivo de fomentar las relaciones madre e hijo durante los primeros compases de la vida del recién nacido. Esto explica, en gran medida, que esta prestación otorgue a la mujer trabajadora el derecho a disfrutar de un periodo de descanso (generalmente 16 semanas) que ésta puede organizar antes o después del parto, siempre eso sí, que respete las seis semanas posteriores a ese momento que, a tal efecto, se convierten en obligatorias, como consecuencia de esa finalidad de protección de la salud de la madre. El resto del periodo de descanso hasta completar el máximo legal se configura, a diferencia del anterior, de manera voluntaria; lo que da entrada a distintas alternativas que van desde la más habitual que la madre pueda disfrutarlo antes del parto; pasando por una cesión total del mismo al padre, o la alternativa del disfrute conjunto de ambos progenitores sucesiva o simultáneamente.

A la vista de los requisitos exigidos por la norma, se puede afirmar que la prestación tiene una dimensión estrictamente profesional o laboral, característica de la naturaleza contributiva de la que participa<sup>41</sup>. Entran entonces en juego, en el supuesto general, los requisitos de acceso propios de estas prestaciones, alta y carencia y, en consecuencia, la posibilidad de que no todas las mujeres trabajadoras pudiera llegar a convertirse en sujetos protegidos. Para resolver esa cuestión, en la sección 2º del Capítulo VI (art.181 y siguientes) se contiene un supuesto especial de prestación económica en la que, sin dejar de tener presente la contributividad, el periodo de carencia exigido se matiza; para dar lugar a una prestación que cubra el periodo de descanso obligatorio para la recuperación de la salud en caso de maternidad por parto<sup>42</sup>.

Esta dualidad de regímenes jurídicos en uno de los múltiples ejemplos que ponen de manifiesto una confusión enrevesada de finalidades protectoras: la de la maternidad como hecho biológico versus la maternidad como hecho familiar<sup>43</sup>.

<sup>41</sup> O dicho en otros términos, si con la prestación de maternidad sólo se hubiese pretendido fomentar el vínculo entre madre e hijo (con el abanico de posibilidades respecto del padre) la prestación de maternidad necesariamente habría tenido que ser universal; de forma que la condición de beneficiarias de la misma estaría tan sólo condicionada por el mero hecho de ser madre. Sin embargo, lejos de esa vocación universal, la misma cumple con la finalidad de ser sustitutiva de los ingresos que la mujer trabajadora deja de percibir cuando alumbró a un hijo, en conexión pues con una finalidad de conciliación de la vida familiar y laboral a partir de la incorporación de un nuevo miembro a la unidad familiar.

<sup>42</sup> Dado que durante seis semanas tras el parto la relación laboral quedará en suspenso, se concede una renta sustitutiva (un subsidio) durante un periodo de cuarenta y dos días naturales (Que se amplían en catorce días por cada hijo a partir del segundo en casos de parto múltiple, en un ejemplo de mezcla de finalidades protectoras a través de mimetismos parciales con el supuesto general (art. 182 LGSS2015)182 LGSS2015)), pero en cuantía inferior a la prestación general por maternidad (100 % del IPREM, salvo que la base reguladora fuera inferior atendiendo a las reglas de cálculo generales del trabajo a tiempo parcial contenidas en el artículo 248 LGSS2015).

<sup>43</sup> Porque, en efecto, los ejemplos de confusión serían diversos, tanto más cuanto las reformas del régimen jurídico de la prestación se han sucedido ligadas a axiologías reformistas distintas: la conciliación, la igualdad efectiva de las mujeres trabajadoras, la protección del hecho familiar por adopción, o en caso de muerte perinatal o de fallecimiento de la madre durante el parto, no son necesariamente finalidades análogas que conduzca a efectos coordinados en términos

(...)



Solo una nueva regulación de permisos parentales quizás podría eliminar las repercusiones que la existencia de la prestación de maternidad presenta para las trayectorias laborales y las carreras de cotización anejas de las madres trabajadoras<sup>44</sup>.

#### D) Prestaciones de muerte y supervivencia

La protección de la muerte de un trabajador varón cabeza de familia estándar, con esposa, hijos y quizás otros familiares a cargo otro ha constituido uno de los reductor originales de los sistemas de previsión desde sus inicios.<sup>45</sup> La supervivencia de los familiares del trabajador que era el *bread winner*, cuya muerte privaba de la fuente salarial de ingresos a la unidad familiar, requería de instrumentos –prestaciones- para dotarles de rentas sustitutivas. De ahí que estas prestaciones, sin estar sistematizadas en la categoría de familiares, responden muy directamente a la protección del hecho familiar.

La regulación, que se ha hecho históricamente, y la actual están, por ende, circunscritas a las consideraciones sociológicas, pero también económicas y políticas en torno al concepto de familia digno de protección. En las que el género, como se anticipara al comienzo, constituye condicionante sólidos de la protección.

Para empezar, sería conveniente centrarse en la pensión de viudedad; prestación altamente feminizada en la que, además, se condensan el mayor núcleo de riesgo de pauperización (si se atiende a las cuantías medias) y, en consecuencia, de ineficacia de la protección<sup>46</sup>.

Se produce, por otra parte, una disfunción con repercusión de género: las viudas pobres, a las que la pensión es claramente insuficiente, comparten etiqueta estadística con las viudas muy solventes. Y ni siquiera los intentos de mejorar a las primeras elimina las disfunciones, especialmente porque los incrementos prestacionales se connotan con elementos de asistencialidad y perjudican la cordura del esquema jurídico protector<sup>47</sup>.

El hecho matrimonial, y la análoga situación de convivencia suscitan idénticas disonancias: a) cuando las situaciones de necesidad real del supérstites de hecho quedan excluidas del esquema protector o se les exige una acreditación fehaciente (y previa institucionalización informal, valga la paradoja), b) cuando el vínculo matrimonial presupone automáticamente *iure et de iure* que la supervivencia sí conlleva de modo inherente una situación de necesidad, sin prueba alguna. Este tipo de requisitos, afecta, de modo claro a viudas mujeres, especialmente de ciertos contextos sociodemográficos, en los que las relaciones afectivo-filiales mantiene cotas de informalidad altas.

---

de género. Ni siquiera la introducción de prestaciones de paternidad en el año 2007 (capítulo VII LGSS2015) ha eliminado la confusión de los bienes jurídicos protegidos. Sino que pone de manifiesto el impacto real de la regulación desde una perspectiva de género : muy pocas mujeres optan por derivar derechos de maternidad sino que, antes al contrario, agotan los períodos máximos de disfrute. Es más, la confusión se produce realmente en la regulación jurídico-laboral de este tipo de causas de suspensión. Y se traslada a la vertiente prestacional.

<sup>44</sup> Además, ligado a la maternidad, y por tanto conectado con el hecho familiar, estarían aquellas situaciones de alteración de la salud de la madre que, derivadas de la maternidad (patologías diversas físicas y psíquicas), se tratan sin embargo como contingencias comunes.

<sup>45</sup> Véanse la multitud de ejemplos de cobertura de viudas y huérfanos en la –denominada- prehistoria de la Seguridad Social, en RUMEU DE ARMAS, A. *Historia de la previsión social en España. Cofradías, gremios, hermandades, montepíos*, Madrid, Revista de Derecho Privado, 1942, 709 p.

<sup>46</sup> En la medida en que ya se han adelantado algunos parámetros de revisión, sirva apunta los focos elementales de disfunción. La causa parece ser, en primer lugar, el modo aluvional en el que se ha ido regulando la prestaciones, que traduce las lógicas distintas y a veces incoherentes de las distintas reformas normativas operadas. Pero también es causa clara la mutación del perfil socio-económico de las personas beneficiarias de la prestación. La presencia simultánea de, por un lado, situaciones de necesidad económica real como consecuencia del fallecimiento de un cabeza de familia que la única o fuente esencial de los recursos económicos; y, por otro, situaciones de necesidad relativizada porque el cónyuge superviviente desarrolla una actividad profesional de la obtiene recursos suficientes, conduce a que haya personas beneficiarias para las que la pensión de viudedad no solo no compensa la pérdida de las rentas previas, sino que ni siquiera la mantiene alejada del riesgo de la pobreza; pero también beneficiarias para las que la pensión es solo una cantidad complementaria a sus rentas individuales y personales.

<sup>47</sup> Por ejemplo cuando los incrementos asistenciales de la pensión de viudedad pueden afectar a otras prestaciones de muerte y supervivencia.

En suma, las prestaciones de protección a la familia están dispersas y responden a lógicas contradictorias en ocasiones. No son sistemáticas, y provocan discontinuidades en la protección (entre ser persona trabajadora estándar, con carreras de cotización y trayectorias estables y regulares, y ser personas en riesgo de exclusión habría muchas fases, pero sin protección contributiva o asistencial). Y la protección no es eficiente, porque no toma en cuenta la situación real de necesidad, y genera sobreprotección o infra-protección o incluso desprotección. De mujeres muchas veces<sup>48</sup>.

### 3. SEGUNDA DIMENSIÓN: OTRAS PRESTACIONES CON RELEVANCIA DEL HECHO FAMILIAR

Más allá de las prestaciones que tienen un hecho familiar como elemento generador de la protección misma, habría otras prestaciones en las que el hecho familiar tiene repercusiones prestacionales. Y también aquí, con menor detalle, pero sin olvidarlas, se hace preciso adoptar una óptica desde el género. Para valorar si el hecho familiar altera la eficacia/eficiencia de la protección.

Así, junto a los efectos derivados de las prestaciones contributivas que ya se trataron más arriba (periodos asimilados a cotizados y computo de las cotizaciones realizadas a tiempo parcial en los casos de reducción de jornada por hecho familiar), el artículo 60 LGSS2015 incorpora, para la cuantificación de la pensión de jubilación un complemento por aportación demográfica a la Seguridad Social. No deja de ser un corrector diferido de la maternidad de mujeres trabajadoras (por lo que no protege a la familia en realidad) que constituye una medida en sí misma de género, pero que por su diseño presenta inoperancias respecto de ciertas mujeres, pero no sólo.

En primer lugar, solo tiene efectos en las madres de dos o más hijos. En segundo lugar, no tiene en cuenta las situaciones excepcionales (la monoparentalidad, por ejemplo)- En tercer lugar, por su aplicación en el tiempo<sup>49</sup>, desmerece la aportación demográfica de mujeres que también tuvieron hijos pero que solicitaron la prestación antes del 1 de enero de 2016<sup>50</sup>. En cuarto lugar, hay un efecto adverso, que se ponen de manifiesto aquí ahora -pero ya lo ha hecho también en el ámbito de las prestaciones familiares contributivas antes-; a saber, aunque es loable que el hecho familiar se reconozca y se proteja indirectamente a través de la cobertura de disonancias/correctores de las carreras de cotización de mujeres trabajadoras madres, también es cierto que provoca desigualdades de llegada respecto de aquellos varones que, aunque hayan desarrollado actividades de corresponsabilidad familiar, no son destinatarios de esos mecanismos contributivos de compensación. Pero también respecto de aquellas mujeres que, después de procrear y desarrollar labores de cuidado durante periodos prolongados, nunca han podido volver a retomar esa carrera de seguro, o lo han hecho en condiciones de desventaja (subempleo, empleo sumergido, sectores deprimidos etc.).

<sup>48</sup> Pero más allá, para proteger a la familia, como objetivo principal, y sin sesgo de género, quizás sea preciso que se procuren no tanto prestaciones en metálico, sino en especie (servicios, pagos en efectivo finalísticos para tener y/o criar hijos. Ofrece un análisis sugerente de las distintas posibilidades el ejemplo que ha ofrecido los Países de Europa Central y Oriental, en sus procesos de reformas posteriores al fin de la influencia soviéticas (STEINHILBER, S.Y FULTZ,E. "Reforma de la Seguridad Social e igualdad de la mujer en Europa Central" *Revista Internacional del Trabajo*, 2005, vol. 123, n° 3, pp. 283-310.

<sup>49</sup> Y sirvan aquí todas las vicisitudes derivadas de las restricciones aplicativas de la regla respecto de regímenes de jubilación transitorios. Un ejemplo claro, el de las prestaciones SOVI. Aun en el caso de que se den los supuestos de acceso se ha interpretado que el hecho familiar debiera ser anterior al 1 de enero de 1967 (STS de 8 de noviembre de 2017 (Rec. 4178/2015)). Eso sería discutible desde la óptica del Derecho Intertemporal pero, si es un hecho que las pensiones SOVI responden a un perfil de beneficiario tipo, el de las amas de casa del franquismo, que trabajaron de solteras, contribuyeron al desarrollo de la natalidad en España, pero no volvieron a entrar o lo hicieron insuficiente o informalmente (por razón de excedencia forzosa por matrimonio y por hijos...).

<sup>50</sup> La disposición final única del Real Decreto-Legislativo 8/2015, establece la entrada en vigor para las pensiones causadas a partir del 1 de enero de 2016. Esto supone desconocer el hecho familiar previo.

El hecho familiar es muy trascendente en otras manifestaciones prestacionales, de índole (no)contributiva y/o asistencial. Es trascendente cuando adopta la forma de “cargas familiares” o de “cónyuge a cargo”. En sendos casos el hecho de tener cónyuge a cargo, o hijos a cargo (menores de una cierta edad que dependan económicamente y convivan con el sujeto beneficiario) modula la intensidad de la protección, para incrementarla cuantitativamente).<sup>51</sup>

Tener cónyuge a cargo se configura como hecho familiar con relevancia prestacional en el ámbito asistencial o no contributivo, que se hace presente ligado a uno de los requisitos habituales, como es el exigir carencia de determinado nivel de rentas<sup>52</sup>.

En sí mismo considerado este requisito resulta técnica y axiológicamente coherente cuando se liga a prestaciones que tratan de proteger contra situaciones de necesidad económica real. Ahora bien, genera inoperancias protectoras con repercusión de género cuando se opta por uno de los modos de medición de la pobreza, que tiene en cuenta un nivel de rentas colectivo.<sup>53</sup> Paradójicamente, entonces, aquí la familia no solo no se protege (cuando se veta la posibilidad de generar determinados derechos prestacionales que se supone compondrían la fuente familiar de recursos) sino que se penalizan ciertos modelos de familia. Porque se presupone, subrepticamente, que la familia ha de cumplir un rol de distribución de la riqueza entre sus miembros. Eso que ya resulta discutible en abstracto, lo es más si se atiende a un hecho: es muy plausible que se denieguen derechos de corte asistencial a mujeres con bajos niveles de rentas o que no percibe renta alguna, por el hecho de encontrarse en una unidad familiar en la que su cónyuge si recibe rentas. Algo que no es tan habitual cuando el solicitante es varón. Así, el efecto de género es aquí claro: la falta de individualización de derechos prestacionales lleva aneja la perpetuación de la dependencia económica de las mujeres -trabajadoras o no, mayores de 65 / inválidas en un grado elevado/ que han perdido su empleo- respecto del cónyuge<sup>54</sup>.

En suma, al margen de los ajustes de aquellas situaciones disfuncionales ya señaladas (para proteger situaciones de necesidad familiar reales, de todos los posibles tipo de familia, de modo neutro, individualizando derechos, sin perjudicar la empleabilidad de las mujeres), se hace preciso, en realidad, a) reflexionar sobre si se quiere proteger a la familia desde la Seguridad Social (o es mejor que se haga a través de políticas sociales diversas<sup>55</sup>), b) si se opta por una protección a través del sistema, se ha de definir la neutralidad del modelo de familia, así como determinar sobre qué tipo de bienes jurídicos ha de pivotar la protección y sobre la finalidad de la misma (evitar la pobreza, la promoción de la familia, la corresponsabilidad; c) las repercusiones económico-financieras no pueden enturbiar la finalidad protectora, de suerte que ha de diseñarse coherentemente la protección, diferenciando conceptos hoy confundidos (lo asistencial, lo no contributivo..).

Programa éste de reflexión sumamente trascendente, pero que ya no se puede desarrollar más aquí.

<sup>51</sup> Incluso en la prestación por desempleo contributivo los topes de prestación mínima y máxima se modulan atendiendo a si se tiene uno o más hijos a cargo (artículo 270.3 LGSS2015).

<sup>52</sup> Algo que sucede tanto en el acceso al derecho a pensiones contributivas mínimas, cuanto respecto de las pensiones no contributivas de vejez e invalidez., y en los subsidios asistenciales de desempleo.

<sup>53</sup> De forma que, para acceder a un derecho individual a prestación, no rige un requisito individual de rentas, sino que se exige un límite de acumulación de recursos en la unidad económica de convivencia; que no es fijo sino que se modula atendiendo al número de miembros de la familia. Además, para la determinación de ese límite, se computan todos los rendimientos, tanto del trabajo como del capital mobiliario e inmobiliario; y se excluye, no obstante, del cómputo, las prestaciones por hijo a cargo); eso sí, atendiendo al número de parientes que conviven, pero obviando los vínculos de afinidad así como las situaciones de hecho.

<sup>54</sup> Y esas reflexiones sobre las implicaciones de género se pueden predicar tanto respecto del requisito de acreditar “responsabilidades familiares”(quiénes conforman la unidad de responsabilidad) en las prestaciones por desempleo; cuanto del requisito colectivo de rentas de la unidad de convivencia (art. 275 LGSS2015).

<sup>55</sup> La mejor empleabilidad de las mujeres y la mayor cohesión social (*versus* pauperización de los hogares y situaciones de extrema pobreza de menores) puede ser un efecto indirecto beneficioso de políticas públicas coherentes de protección a la familia, especialmente a través de prestaciones de Seguridad Social, pero no solo.



## CAPÍTULO XIV. EL PERMISO Y LA PRESTACIÓN POR PATERNIDAD EN EL CONTEXTO SOCIAL ACTUAL Y FUTURO

GUILLERMO E. RODRÍGUEZ PASTOR

*Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de Valencia*

Históricamente, los derechos reconocidos con ocasión del nacimiento de un hijo se limitaban, básicamente, a la posibilidad de cesar en el trabajo una vez la trabajadora entraba en el octavo mes de embarazo, a la prohibición de trabajar en las semanas posteriores al alumbramiento o a la ausencia de una hora al día por lactancia<sup>1</sup>, así como a un seguro obligatorio por maternidad<sup>2</sup>. En origen, la protección social de la maternidad estaba vinculada a la «tendencia legislativa a proteger las madres obreras» ante la imposibilidad de trabajar, por razones físicas, antes e inmediatamente después del parto<sup>3</sup>.

En el último cuarto del siglo XX los derechos relacionados con el nacimiento y cuidado de hijos, permitiendo una cierta conciliación de la vida laboral y familiar, se fueron incrementando y mejorando poco a poco (maternidad, lactancia, reducción de jornada por cuidado de menores, excedencia...), pero básicamente de uso, disfrute y titularidad femenina. La figura paterna con dedicación u ocupación en el cuidado de los hijos seguía ausente de la legislación<sup>4</sup>. Hubo que esperar al año 1989 para que, aunque como derecho derivado de la madre, los padres, al menos en teoría, vieran reconocidos algunos derechos (permisos de maternidad y lactancia)<sup>5</sup>. En 1999 se regularon de manera sistemática los derechos de conciliación<sup>6</sup>, pero el padre seguía sin aparecer como corresponsable del cuidado de los hijos<sup>7</sup>.

No es hasta el año 2007, ya iniciado el siglo XXI, cuando la ley acoge la idea de corresponsabilidad entre mujeres y hombre en la atención de los hijos<sup>8</sup>. Como se indica en la exposición de motivos de la LOI/2007 «La medida más innovadora<sup>9</sup> para favorecer la conciliación de la vida personal, familiar y laboral es el permiso de paternidad» como «derecho individual y

---

<sup>1</sup> Cfr. Art. 9 Ley de 13 de marzo de 1900 fijando las condiciones del trabajo de las mujeres y de los niños.

<sup>2</sup> España, por autorización de la Ley de 13 de julio de 1922, ratificó el Convenio núm. 3 OIT sobre protección de la maternidad de 29 de noviembre de 1919. Y en 1929, cumpliendo con el compromiso internacional, estableció, con carácter obligatorio, un seguro de maternidad, que permitía el cese en el trabajo antes y después del parto, RD Ley de 22 de marzo de 1929, estableciendo el Seguro obligatorio de Maternidad (Gaceta de 24 de marzo).

<sup>3</sup> Durante muchos años la protección social por maternidad estuvo unida a la protección por enfermedad. Así, el seguro de maternidad se integró en el seguro de enfermedad mediante la Ley de 14 de diciembre de 1942, por la que se crea el seguro obligatorio de enfermedad (BOE de 27 de diciembre). No fue hasta el año 1994 cuando la protección por maternidad se independizó de la incapacidad temporal, art. 33 Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de medidas fiscales, administrativas y de orden social (BOE 31 de diciembre).

<sup>4</sup> Cfr. LOUSADA AROCHENA, J. F.: *Permiso de paternidad y conciliación masculina*, Albacete, Bomarzo, 2008, pp. 7 y ss.

<sup>5</sup> En concreto, las madres podían ceder a los padres tanto el permiso por lactancia como la posibilidad de suspender el contrato por maternidad, Ley 3/1989, de 3 de marzo, por la que se amplía a dieciséis semanas el permiso por maternidad y se establecen medidas para favorecer la igualdad de trato de la mujer en el trabajo (BOE de 8 de marzo).

<sup>6</sup> Cfr. LOUSADA AROCHENA, J. F.: *Permiso de paternidad y conciliación masculina*, ob. cit. p. 12.

<sup>7</sup> Cfr. Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras (BOE de 6 de noviembre).

<sup>8</sup> Vid. arts. 14.8 y 44.1 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (BOE de 23 de marzo) (LOI/2007), que entró en vigor el 24 de marzo de 2007.

<sup>9</sup> Cfr. STSJ País Vasco 11 de diciembre de 2017, Rec. 2168/17.

exclusivo del padre». Esta Ley, como complemento necesario del permiso, estableció una prestación económica por paternidad<sup>10</sup>, con un régimen similar a la protección por maternidad<sup>11</sup>, excepto, por lo que aquí interesa, en cuanto a la duración.

En la redacción originaria, año 2007, la duración de la suspensión del contrato de trabajo por paternidad era de trece días ininterrumpidos. La Ley 9/2009, de 6 de octubre, de ampliación de la duración del permiso de paternidad en los casos de nacimiento, adopción o acogida, fijó la duración de la suspensión del contrato en cuatro semanas a partir del 1 de enero de 2011. Sin embargo, las sucesivas leyes de presupuestos generales del Estado<sup>12</sup> fueron retrasando, de año en año, la entrada en vigor de este aumento en la duración del permiso por paternidad. Hubo que esperar a la prórroga de la Ley de Presupuestos Generales del Estado para 2016<sup>13</sup>, más por razones de inestabilidad política que por convicción, para que se hiciera efectiva la entrada en vigor de las cuatro semanas de duración de la suspensión del contrato por paternidad para las situaciones acaecidas a partir del 1 de enero de 2017.

Es más, desde el 5 de julio de 2018, fecha de entrada de la Ley 6/2018, de 3 de julio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2018 (LPGE/2018)<sup>14</sup>, el permiso de paternidad es de cinco semanas. Simultáneamente a la tramitación final de la LPGE/2018, el Pleno del Congreso de los Diputados, en su sesión de 26 de junio de 2018 y por unanimidad de los presentes –342 votos a favor–, tomó en consideración la proposición de ley presentada por el Grupo Parlamentario Confederado de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea<sup>15</sup> que, de aprobarse, tras su tramitación parlamentaria, supondrá, en un plazo de tiempo razonable, la igualación de los permisos de maternidad y paternidad.

Por su parte, la prestación económica por paternidad<sup>16</sup> se regula hoy en los arts. 183 a 185 del Texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre (LGSS/2015)<sup>17</sup>. La situación protegida está delimitada por los supuestos de suspensión del contrato de trabajo por nacimiento de hijo, adopción, guarda con fines de adopción y acogimiento previstos en el art. 48.7 ET/2015.

<sup>10</sup> En efecto, la prestación por paternidad fue consecuencia de la LOI/2007 que, por un lado, introdujo un nuevo supuesto de suspensión del contrato por paternidad, en el art. 48 bis del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo (ET/1995); y, por otro, una nueva prestación en los arts. 133 octies, nonies y decies, del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio (LGSS/1994).

<sup>11</sup> STSJ País Vasco 11 de diciembre de 2017, Rec. 2168/17.

<sup>12</sup> Cfr. Disposición final 13ª de Ley 39/2010, de 22 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2011; disposición final 11ª de la Ley 2/2012, de 29 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2012; disposición final 18ª de la Ley 17/2012, de 27 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2013; disposición final 22ª de la Ley 22/2013, de 23 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2014; disposición final 10ª de la Ley 36/2014, de 26 de diciembre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2015.

<sup>13</sup> Disposición final 11ª Ley 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2016.

<sup>14</sup> Que da nueva redacción al art. 48.7 ET/2015. Como novedad de la LPGE/2018, además, «el período de suspensión será ininterrumpido salvo la última semana del período total a que se tenga derecho, que, previo acuerdo entre empresario y trabajador, podrá disfrutarse de forma independiente en otro momento dentro de los nueve meses siguientes a la fecha de nacimiento del hijo, la resolución judicial o la decisión administrativa a las que se refiere el párrafo anterior. Dicho acuerdo se adoptará al inicio del período de suspensión».

<sup>15</sup> Proposición de Ley relativa a la reforma del sistema de permisos y prestaciones para el cuidado y atención de menores por parte de sus progenitores/as, en casos de nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento (BOCG 7-5-2018).

<sup>16</sup> Durante el período 2008-2016 el INSS gestionó una media anual de 230.000 prestaciones económicas por paternidad, con un gasto medio de 190 millones de euros/año. El año que más prestaciones se gestionaron fue el 2008, con 279.756 y el que menos el año 2014, con 235.678. En el año 2017, se incrementó la duración del permiso a cuatro semanas y, por tanto, de la prestación. En concreto, se gestionaron 264.632 subsidios, con un gasto de 399 millones de euros. En este mismo año 2017, el INSS gestionó 268.328 prestaciones económicas por maternidad (263.398 de madres y 4.930 de padres), con un gasto de 1.519 millones (Fuente: MTMSS).

<sup>17</sup> Vid. SAGARDOY DE SIMÓN, I. y NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P.: «La prestación por paternidad», *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 134 (2018), pp. 135-151.

Con este trabajo se pretende proponer cuál debería ser la regulación del permiso y la prestación por paternidad en el contexto social actual y futuro. Para ello se abordará las cuestiones siguientes: la normativa europea, con referencia a algunas experiencias nacionales (II); el debate sobre el permiso de paternidad (III); las proposiciones de ley formuladas por algunos grupos parlamentarios (IV); el futuro del permiso y la prestación por paternidad (V); y unas consideraciones finales (VI).

## I. NORMATIVA EUROPEA Y ALGUNAS EXPERIENCIAS NACIONALES

### 1. NORMATIVA EUROPEA

En el ámbito de la Unión Europea los derechos de las trabajadoras embarazadas o que hayan dado a luz, por un lado, se reconocen desde la perspectiva de promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo en la Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia<sup>18</sup>. En el considerando de la Directiva se señala que: a) la trabajadora embarazada o que haya dado a luz «debe considerarse por muchos motivos, un grupo expuesto a riesgos especialmente sensibles y que se deben tomar medidas relativas a su salud y seguridad»; b) esta protección «no debe desfavorecer a las mujeres en el mercado de trabajo y no debe atentar contra las directivas en materia de igualdad de trabajo entre hombres y mujeres»; c) la vulnerabilidad de las trabajadoras embarazadas o que hayan dado a luz hace necesario un derecho a un permiso por maternidad. El permiso debe ser como mínimo de catorce semanas ininterrumpidas, distribuidas antes y/o después del parto. Este permiso debe incluir un permiso obligatorio de como mínimo dos semanas, distribuidas antes y/o después del parto (art. 8).

Por otro, tanto el permiso de maternidad como el de paternidad se ven desde la perspectiva de la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en la Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2006, relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (DOUE de 26 de julio)<sup>19</sup>. En su articulado, en esencia, se reconoce el derecho de mujeres y hombres, una vez finalizado el permiso, a reintegrarse en su puesto de trabajo, «en condiciones que no les resulten menos favorables, y a beneficiarse de cualquier mejora en las condiciones de trabajo a las que hubieran podido tener derecho durante su ausencia».

Además, la Directiva 2010/18/UE del Consejo, de 8 de marzo de 2010, por la que se aplica el Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental<sup>20</sup>, tiene como objetivo mejorar la conciliación de la vida profesional, privada y familiar de los trabajadores con hijos, así como la igualdad entre hombres y mujeres por lo que respecta a las oportunidades en el mercado laboral y al trato en el trabajo. Asimismo, en el considerando del Acuerdo marco se indica que la «política familiar debe contribuir al logro de la igualdad entre los sexos... (y al) reparto de responsabilidades entre mujeres y hombres». También se afirma, expresamente, que el permiso parental es distinto al permiso de maternidad.

<sup>18</sup> Es la décima Directiva específica con arreglo al apartado 1 del artículo 16 de la Directiva 89/391/CEE, (DOCE de 28 de noviembre).

<sup>19</sup> De momento, en el ámbito europeo, el permiso de paternidad no tiene un reconocimiento expreso. En el considerando de la Directiva se refiere la Resolución del Consejo y de los Ministros de Trabajo y Asuntos Sociales, reunidos en el seno del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la participación equilibrada de hombres y mujeres en la actividad profesional y en la vida familiar (DOCE de 31 de julio), en la que «se alienta a los Estados miembros a evaluar la posibilidad de que los respectivos ordenamientos jurídicos reconozcan a los hombres trabajadores un derecho individual e intransferible al permiso de paternidad, manteniendo al mismo tiempo sus derechos laborales».

<sup>20</sup> Acuerdo celebrado por BUSINESSSEUROPE, la UEAPME, el CEEP y la CES, (DOUE de 18 de marzo).

Finalmente, en la Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores de 26 de abril de 2017<sup>21</sup>, se distingue claramente entre el permiso por paternidad y el permiso parental. Para la propuesta, el permiso de paternidad se define como la «ausencia del trabajo a la que pueden acogerse los padres con ocasión del nacimiento de un hijo», mientras el permiso parental como la «ausencia del trabajo por motivo del nacimiento o la adopción de un hijo para cuidar de este». La propuesta constata que, en la actualidad, en el ámbito de la UE no existen normas mínimas para el permiso por paternidad. Así, en su propuesta de articulado se ordena a los estados miembros la adopción de medidas que garanticen «que los padres tengan derecho a disfrutar de un permiso de paternidad de al menos diez días laborables con ocasión del nacimiento de un hijo». La propuesta considera que el permiso «debe disfrutarse en torno al momento del nacimiento y ha de estar claramente vinculado a este acontecimiento». El derecho al permiso se concederá con independencia del estado civil o familiar del beneficiario.

## 2. ALGUNAS EXPERIENCIAS NACIONALES

En este apartado, brevemente, se pretende dar cuenta de algunas experiencias nacionales de otros países europeos sobre los permisos de paternidad/parental. Sabido es que Suecia fue pionera en el reconocimiento de permisos para los padres. Así, desde el año 1974, permite que ambos progenitores puedan pasar un tiempo al cuidado de los hijos. En 1995 se introdujo la «cuota para papás» de 30 días en exclusiva; en 2002 esta cuota se incrementó a 60 días; y, finalmente, a partir de 2016 se aumentó a 90 días.

Del análisis de la regulación prevista en algunos países europeos<sup>22</sup> resultan las siguientes ideas generales<sup>23</sup>:

- a) Los permisos para padres se reconocen tanto a través de un específico permiso por paternidad<sup>24</sup> como por el permiso parental, normalmente a repartir con la madre<sup>25</sup>.
- b) Los padres disponen de un tiempo de permiso intransferible o en exclusiva, normalmente el permiso de paternidad. Y otro período de permiso lo pueden transferir o compartir con la madre, normalmente el permiso parental<sup>26</sup>.
- c) Aunque, en general, está previsto que los permisos de paternidad/parental los disfruten los padres, en el Reino Unido se ha planteado que los abuelos puedan hacer

<sup>21</sup> Un análisis de esta Propuesta en BALLESTER PASTOR, M.ª A.: «La conciliación de responsabilidades: estado de la cuestión a la luz de la propuesta de Directiva de la Comisión Europea de 26 de abril de 2017», *Lan Harremanak*, núm. 38 (2017), p. 67-92.

<sup>22</sup> En concreto, Alemania, Austria, Dinamarca, Finlandia, Islandia, Italia, Noruega, Reino Unido y Suecia.

<sup>23</sup> Vid. SERRANO ARGÜESO, M. y EREÑAGA DE JESÚS, N.: «El permiso de paternidad en Noruega. ¿Un espejo en el que España ha de mirarse?», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 45 (2017), pp. 492-521; JOVER RAMÍREZ, C.: «La conciliación laboral y familiar en Reino Unido: una visión comparada con el sistema español», *Trabajo y Derecho*, núm. 38 (2018), pp. 1-23; CORDERO GORDILLO, V.: «La conciliación de la vida personal, familiar y laboral en Italia», *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, núm. 36 (2014), pp. 571-599; CASTRO-GARCÍA, C. y PAZOS-MORAN, M.ª: «Parental leave policy and gender equality in Europe», *Feminist Economics* (2015), pp. 1-23; MARTÍNEZ HERRERO, M.ª J.: «La política familiar en Suecia: ¿Un modelo de igualdad?», XI Jornadas de Economía Crítica, 2008, pp. 1-18; ALBERT LÓPEZ-IBOR, R.; ESCOT MANGAS, L.; FERNÁNDEZ CORNEJO, J. A.; POZA LARA, C.: «El permiso de paternidad y la desigualdad de género. Propuestas de reforma para el caso de España», *Documentos de Trabajo en Análisis Económico*, Vol. 7, núm. 13 (2008), pp. 1-25

<sup>24</sup> En Dinamarca, disfrutan un permiso de 2 semanas; en el Reino Unido 2 semanas o 4 sin son trabajadores de fábrica; en Finlandia, un mínimo de 18 días, que pueden incrementar en 12 días más si utilizan posteriormente parte del permiso parental; en Noruega, 70 días; y en Austria cuatro semanas.

<sup>25</sup> En Alemania, se pueden repartir 14 meses; en Dinamarca, 32 semanas; en Finlandia, 158 días; en Noruega 26 ó 36 semanas; en Austria hasta dos años. En Islandia, disponen de 90 días en exclusiva y se pueden repartir 90 días más. En Suecia, pueden disfrutar de 90 días en exclusiva y pueden distribuirse 390 días.

<sup>26</sup> Cabe destacar los casos de Islandia, Noruega y Suecia. Así, en Islandia 90 días más 90 días, además, hoy es el único país que tiene un régimen de permisos igualitario entre mujeres y hombre; Noruega 70 días más 26 ó 36 semanas; y Suecia 90 días más 390 días.



uso de estos permisos<sup>27</sup>. En Noruega se prevé que, si los progenitores no conviven juntos, el permiso de paternidad pueda ejercerse por la persona que ayude a la madre<sup>28</sup>.

- d) Singularmente, en Italia se contempla el supuesto de un único progenitor (familia monoparental) para reconocerle un permiso parental similar al que tendría derecho de ser dos progenitores<sup>29</sup>.
- e) Los permisos de paternidad/parental disfrutados por los padres suelen compensarse de forma similar al permiso por maternidad/parental utilizados por las madres. Lo que no quiere decir que la compensación sea siempre del 100 %<sup>30</sup>.
- f) Los permisos de paternidad suelen ser coincidentes con los de maternidad<sup>31</sup> y los parentales pueden ser simultáneos o sucesivos<sup>32</sup>. Estos últimos, en algunos casos, se limita, con la edad del menor, el periodo durante el que se puede disfrutar<sup>33</sup>.
- g) Los permisos se pueden disfrutar de manera ininterrumpida o fraccionada<sup>34</sup>.

## II. EL DEBATE SOBRE EL PERMISO DE PATERNIDAD

Desde antes de que el permiso por paternidad fuera una realidad jurídica en nuestro país, año 2007, de manera constante, con más o menos intensidad, según el momento, se ha debatido en diferentes ámbitos –social<sup>35</sup>, doctrinal<sup>36</sup>, judicial y político– y de manera sucesiva sobre la necesidad de la existencia de un permiso de paternidad, de incrementar la duración del mismo y de conseguir la igualación con el permiso de maternidad.

En estos momentos, me interesa detenerme en el debate social y judicial. En concreto, es menester mencionar la labor realizada por la Plataforma PPIiNA en favor del reconocimiento de un sistema de permisos de maternidad y paternidad de manera igualitaria, intransferibles y pagados al 100 %.

Esta Plataforma propone desde hace años una modificación legal por la que cada progenitora o progenitor tenga derecho a dos permisos, totalmente intransferibles y pagados al 100 % de la

<sup>27</sup> JOVER RAMÍREZ, C.: «La conciliación laboral y familiar en Reino Unido: una visión comparada con el sistema español», ob. cit., pág. 17/23.

<sup>28</sup> SERRANO ARGÜESO, M. y EREÑAGA DE JESÚS, N.: «El permiso de paternidad en Noruega. ¿Un espejo en el que España ha de mirarse?, ob. cit., pág. 499.

<sup>29</sup> CORDERO GORDILLO, V.: «La conciliación de la vida personal, familiar y laboral en Italia», ob. cit., p. 584. Debe tenerse en cuenta que en este país no existe un permiso de paternidad como en España.

Además, en la Resolución del Consejo y de los Ministros de Trabajo y Asuntos Sociales, reunidos en el seno del Consejo, de 29 de junio de 2000, relativa a la participación equilibrada de hombres y mujeres en la actividad profesional y en la vida familiar (DOCE de 31 de julio), se alienta a los Estados miembros a «otorgar, en su caso, una protección específica a las familias monoparentales».

<sup>30</sup> A título de ejemplo, en Alemania se remunera con un máximo 67 % de los ingresos previos, con un suelo y un techo. En Islandia se percibe un 80 % del salario mensual, con un suelo y un techo. En Reino Unido se compensa con una cuantía fija o porcentual del salario semanal. Singularmente, en Austria las 4 semanas del padre no son retribuidas.

<sup>31</sup> Así, en Dinamarca o Finlandia.

<sup>32</sup> Por ejemplo, en Dinamarca, Islandia o Reino Unido. Sin embargo, en Austria no pueden coincidir

<sup>33</sup> Así, en el Reino Unido, hasta los cinco años del menor; en Noruega, hasta los tres años; en Austria, hasta los dos años.

<sup>34</sup> En este último caso, por ejemplo, en el Reino Unido por periodos mínimos de una semana.

<sup>35</sup> Es de destacar la labor realizada por la Plataforma por permisos iguales e intransferibles de nacimiento y adopción (PPIiNA). Se trata de una asociación creada en 2005 con un único objetivo «conseguir la reforma en España del sistema de permisos de maternidad y paternidad de manera que estos sean iguales, intransferibles y pagados al 100 % para cualquier persona progenitora».

<sup>36</sup> Cfr. Entre otras muchas, TORTUERO PLAZA, J. L.: *50 Propuestas para racionalizar la maternidad y facilitar la conciliación laboral (Del permiso de paternidad obligatorio...al apoyo a la PYMES)*, Madrid, Civitas, 2006; LOUSADA AROCHENA, J. F.: *Permiso de paternidad y conciliación masculina*, ob. cit. pp. 15 y ss.; GARCÍA TESTAL, E. (junto a LÓPEZ BALAGUER, M.): *Los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar en la empresa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2012, págs. 41 y ss.; BALLESTER PASTOR, M.ª A.: *Retos y perspectivas de la discriminación laboral por razón de género*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, págs. 188 y ss.; MARTÍNEZ GARCÍA, M.ª L.: *Propuestas para una regulación igualitaria de la protección por maternidad y paternidad*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, págs. 129 y ss.

base reguladora: «permiso parental inicial» y «permiso parental para la crianza». En el año 2012 un grupo parlamentario<sup>37</sup> asumió su propuesta y presentó una proposición de Ley<sup>38</sup>. Durante el año 2017<sup>39</sup> el grupo parlamentario confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea presentó dos proposiciones de ley en el mismo sentido. La última proposición presentada por este mismo grupo parlamentario, asumiendo la propuesta de PPiNA, es de mayo de 2018.

Simultáneamente a las iniciativas parlamentarias, PPiNA junto a varios beneficiarios de prestaciones por paternidad, al menos en tres ocasiones<sup>40</sup>, planteó sendos recursos de duplicación en los que formulaba pretensión declarativa, sin perjuicio de sus efectos económicos, de un reconocimiento de la prestación de paternidad equiparable a la de maternidad. Los argumentos de la Plataforma, básicamente, se apoyan en los principios de igualdad y no discriminación<sup>41</sup>. Se entiende que para la protección de la mujer y de los menores «es imprescindible la existencia de permisos iguales, intransferibles y pagados al 100 % para cada persona progenitora». El reconocimiento de permisos iguales favorece tanto a los hombres como a las mujeres y a los menores. La evolución social, normativa y judicial se fundamentan no solo en el objetivo de la conciliación de la vida familiar y laboral, sino también en la corresponsabilidad en las labores de cuidado.

Las razones ofrecidas por las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia para desestimar los recursos de duplicación son, en esencia, las siguientes: a) el desarrollo por las normas sustantivas laborales y de Seguridad Social de lo dispuesto en el art. 44 LOI/2007, supone «tomar en consideración las finalidades de las prestaciones y permisos de maternidad y paternidad, con un margen de configuración y descripción legislativa que queda al arbitrio de dicho poder independiente»; b) de la doctrina sobre los principios de igualdad y no discriminación, así como de las normas comunitarias no deriva que una regulación diferente de las prestaciones de maternidad y paternidad sea discriminatorio para los varones. Las normas comunitarias «prevén y permiten normas específicas con protección superior para los casos de maternidad y embarazo, sin que ello implique una evidente vulneración del principio de igualdad, si no, muy al contrario, la aplicación de la protección diferente al supuesto distinto, cual es el hecho biológico y sus consecuencias»; c) «las diferencias entre la prestación por maternidad (al menos en los casos de alumbramiento natural o parto), buscando la protección de la madre y el menor, y atendiendo al hecho biológico evidente, permiten una titularidad preferente para con una prestación de maternidad de mayor duración con respecto a la aquí discutida y buscada equiparable de paternidad, por cuanto no existiría una discriminación por razón de género, al basarse en la premisa biológica con protección de la madre, del menor»; d) A mayor abundamiento, el Tribunal Superior de Justicia finaliza su argumentación señalando que constituye un verdadero desiderátum o recomendación de proposición al legislador la exigencia de un incremento progresivo del permiso por paternidad hasta equipararlo en un futuro con el de maternidad. Pero hoy, con la regulación vigente, esa equiparación no se da y las diferencias entre el permiso de maternidad y paternidad no se consideran discriminatorias.

Frente a la sentencia dictada por la Sala de lo Social del TSJ Madrid<sup>42</sup> se ha interpuesto recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional que, en reunión del Pleno de 10 de abril de 2018, ha

<sup>37</sup> Grupo Parlamentario de IU, ICV-EUiA, CHA: La Izquierda Plural.

<sup>38</sup> Proposición de Ley de reforma del sistema de permisos y prestaciones para el cuidado y atención de menores por parte de sus progenitores/as en caso de nacimiento, adopción y acogida (BOCG 6 de julio de 2012).

<sup>39</sup> Proposición de Ley relativa a la reforma del sistema de permisos y prestaciones para el cuidado y atención de menores por parte de sus progenitores, en casos de nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento (BOCG 16 de enero de 2017 y 24 de marzo de 2017)

<sup>40</sup> Aunque son más los padres que han planteando demandas ante los Juzgados de lo Social contra el INSS, de momento, son tres las sentencias dictadas por las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia, a saber, STSJ País Vasco de 11 diciembre de 2017, Rec. 2168/17; STSJ Madrid de 30 de junio de 2017, Rec. 423/17; STSJ Navarra de 2 de febrero de 2017, Rec. 13/17.

<sup>41</sup> Con amparo en los arts. 14 y 39 CE; art. 44 LOI; arts. 2 y 3 Tratado UE; arts. 21 y 23 Carta Europea de Derechos Humanos; Directiva 2006/54 y Directiva 2010/18.

<sup>42</sup> STSJ Madrid de 30 de junio de 2017, Rec. 423/17.

admitido a trámite por considerar que en el recurso concurre una especial trascendencia constitucional, entre otros motivos, porque puede dar ocasión al Tribunal para aclarar o cambiar su doctrina, como consecuencia de cambios normativos relevantes para la configuración del contenido del derecho fundamental; y porque plantea una cuestión jurídica relevante y general repercusión social o económica.

### III. PROPOSICIONES DE LEY

El primer semestre del año 2018 y, sobre todo, el cambio de Gobierno acaecido el 2 junio del año corriente, ha vuelto a poner en primera línea de la actualidad la igualación de los permisos/las prestaciones por maternidad/paternidad como consecuencia de las proposiciones de ley presentadas por algunos grupos parlamentarios. Como se verá, con algunas diferencias, las tres proposiciones de ley pretenden una equiparación de los permisos/las prestaciones entre progenitores, adoptantes, guardadores o acogedores. Por orden cronológico, el grupo parlamentario Socialista presentó su proposición de ley en marzo<sup>43</sup>; el grupo parlamentario confederal de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea en mayo<sup>44</sup>; y, finalmente, el grupo parlamentario Ciudadanos en junio<sup>45</sup>. Las tres proposiciones de ley suponen una modificación del art. 48 ET/2015 y de los arts. 177 y ss. LGSS/2015.

De manera resumida, la reforma pretendida por cada uno de los grupos parlamentarios es la siguiente:

#### 1. PROPOSICIÓN DE LEY DEL GRUPO PARLAMENTARIO SOCIALISTA

A) Modificación de los arts. 37 y 48 ET/2015

*a) Supresión del permiso por nacimiento de hijo*

La igualación de los permisos de maternidad y paternidad implica la supresión del permiso por nacimiento de hijo [art. 37.3 b) ET/2015].

*b) Supuesto de nacimiento de hijo o hija*

En primer lugar, la madre, obligatoriamente, ve suspendido el contrato durante seis semanas ininterrumpidas inmediatamente posteriores al parto. La suspensión se justifica para asegurar la protección de la salud de la madre. El otro progenitor también ve suspendido su contrato durante las seis semanas ininterrumpidas inmediatamente posteriores al parto. Aunque no se dice expresamente, parece que esta suspensión del contrato también es obligatoria: «el nacimiento suspenderá...». Aquí la suspensión se explica para cumplir con los deberes de cuidado que derivan del art. 68 del Código Civil.

A continuación, se reconoce a cada uno de los progenitores el derecho a la suspensión del contrato de trabajo durante diez semanas ininterrumpidas. El objeto de la suspensión es el cuidado del hijo o de la hija. Este derecho, calificado de cuidado parental, se caracteriza por los rasgos de voluntario, individual –para la persona trabajadora, mujer u hombre–, de ejercicio simultáneo o sucesivo e intransferible. Además, si ambos progenitores ejercen el derecho en términos equivalentes, la suspensión se incrementará en una semana más para cada uno. El derecho se puede ejercer desde el momento en que finalice la suspensión del contrato de las seis semanas posteriores al parto hasta que el hijo o la hija cumpla doce meses. Además, la madre podrá anticipar su ejercicio hasta cuatro semanas antes del parto. La suspensión del contrato se puede

<sup>43</sup> Proposición de Ley para garantizar la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación (BOCG de 16 de marzo).

<sup>44</sup> Proposición de Ley relativa a la reforma del sistema de permisos y prestaciones para el cuidado y atención de menores por parte de sus progenitores/as, en casos de nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento (BOCG 7 de mayo).

<sup>45</sup> Proposición de Ley de Conciliación, Igualdad y Apoyo a las Familias (BOCG de 22 de junio).

disfrutar en régimen de jornada completa o a tiempo parcial –al menos del 50 %–, previo acuerdo entre la persona trabajadora y la empresa.

*c) Supuesto de adopción, guarda con fines de adopción y de acogimiento*

Se diferencian dos períodos de suspensión del contrato. El primero, de seis semanas de duración para cada adoptante, guardador o acogedor. Debe disfrutarse de forma obligatoria, a tiempo completo e ininterrumpidamente después de la resolución judicial o de la decisión administrativa.

El segundo, de diez semanas a disfrutar ininterrumpidamente dentro de los doce meses siguientes a la finalización del período anterior. Si ambos beneficiarios ejercen el derecho en términos equivalentes, la duración se extiende en una semana más para cada uno.

**B) Modificación de la LGSS/2015**

Se distingue entre prestación por «maternidad» y prestación por «cuidado de menor de doce meses». Los beneficiarios de la prestación de maternidad son las personas trabajadoras, cualquiera que sea su sexo, que disfruten de los períodos de descanso obligatorio de seis semanas previstos por nacimiento de hijo o hija, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento familiar.

Son beneficiarios de la prestación por cuidado de menor de doce meses las personas que disfruten de los períodos de suspensión del contrato voluntario por nacimiento de hijo o hija, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento<sup>46</sup>.

**2. PROPOSICIÓN DE LEY DEL GRUPO PARLAMENTARIO CONFEDERAL DE UNIDOS PODEMOS-EN COMÚ PODEM-EN MAREA**

**A) Modificación de los arts. 37 y 48 ET/2015**

*a) Supresión del permiso por nacimiento de hijo*

Una vez se produzca la equiparación total de los períodos de suspensión del contrato por maternidad y paternidad se suprimirá el permiso por nacimiento de hijo [art. 37.3 b) ET/2015].

*b) Supuesto de nacimiento de hijo o hija*

Cada progenitor tiene derecho a una suspensión del contrato de dieciséis semanas. De ellas, seis son de disfrute obligatorio y a tiempo completo. Las dos primeras semanas obligatorias, período denominado de «permiso parental inicial», deben tomarse inmediatamente después del nacimiento.

Las otras diez son de disfrute voluntario y tanto a tiempo completo como a tiempo parcial, en este último caso, previo acuerdo con la empresa. Catorce de las dieciséis semanas, período denominado de «permiso parental para la crianza», con cuatro obligatorias y diez voluntarias, puede tomarse en bloque o, previo acuerdo con la empresa, de manera fraccionada.

En cualquier caso, la madre biológica podrá comenzar a disfrutar del período de suspensión hasta cuatro semanas antes del parto.

*c) Supuesto de adopción, guarda con fines de adopción y de acogimiento*

Cada progenitor tiene derecho a dieciséis semanas de suspensión del contrato. Seis son obligatorias y para disfrutar a tiempo completo. Las dos primeras obligatorias deben tomarse inmediatamente después de la resolución judicial o de la decisión administrativa.

<sup>46</sup> Parece haber una discordancia entre el permiso y la prestación en caso de adopción, guarda o acogimiento. El permiso se puede disfrutar hasta «los doce meses siguientes a la finalización» del permiso de seis semanas, lo que permite que sea disfrutado más allá de los doce meses del menor; mientras que la prestación es para el cuidado de menores de doce meses, por lo que parece que la prestación se extingue al cumplir el menor los doce meses.

Las otras diez son de disfrute voluntario y tanto a tiempo completo como a tiempo parcial, en este último caso, previo acuerdo con la empresa. Catorce de las dieciséis semanas, cuatro obligatorias y diez voluntarias, pueden tomarse en bloque o, previo acuerdo con la empresa, de manera fraccionada.

#### *d) Introducción progresiva de la modificación*

En todo caso, se establece un período transitorio para el derecho efectivo de dieciséis semanas por parte del otro progenitor, adoptante, guardador o acogedor, que finalizaría en el año 2021. Mientras la madre biológica, uno de los adoptantes guardadores o acogedores siguen disfrutando de las dieciséis semanas de suspensión desde la entrada en vigor de la reforma, el otro progenitor, adoptante, guardador o acogedor tendría que esperar hasta el 1 de enero de 2022 para poder disfrutar completas de las dieciséis semanas de suspensión del contrato.

#### B) Modificación de la LGSS/2015

El Capítulo VI del Título II LGSS/2015 pasa a intitularse «nacimiento de hijo/a, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento». Se regula la «prestación parental», de la que son beneficiarias las personas, cualquiera que sea su sexo, que disfrute de los permisos parentales consecuencia del nacimiento de hijo/a, adopción guarda con fines de adopción y acogimiento familiar.

### 3. PROPOSICIÓN DE LEY DEL GRUPO PARLAMENTARIO CIUDADANOS

#### A) Modificación del art. 48 ET/2015

##### *a) Supuesto de nacimiento de hijo o hija*

En el supuesto de maternidad o paternidad por nacimiento de hijo, cada progenitor tiene derecho a una suspensión del contrato de diez semanas. Además, ambos progenitores disponen de diez semanas más de suspensión, a distribuirse entre ello, en los términos que acuerden. Si no hay acuerdo, a cada uno le corresponderán cinco semanas. En el supuesto de familia monoparental, el único progenitor disfrutará de treinta semanas, esto es, diez más diez, más las diez adicionales.

El período de suspensión que le corresponde a cada progenitor podrá disfrutarse durante los doce meses siguientes a partir del nacimiento del hijo. El disfrute puede ser simultáneo o sucesivo; de manera ininterrumpida o, previo acuerdo con el empresario, fraccionada; a tiempo completo o, previo acuerdo con el empresario, a tiempo parcial. En todo caso, para la madre biológica, las primeras seis semanas de suspensión deberán disfrutarse inmediatamente después del nacimiento del hijo y siempre de manera ininterrumpida. Aunque no se diga expresamente, en este último caso, parece que debe ser a tiempo completo.

##### *b) Supuesto de adopción, guarda con fines de adopción y de acogimiento*

La regulación es la misma que para el caso de nacimiento, salvo la reserva de las primeras seis semanas de la madre biológica, que aquí no se da.

##### *c) Bonus por corresponsabilidad parental*

En ambos casos, se establece un «bonus por corresponsabilidad parental» para los supuestos en que los dos progenitores, adoptantes, guardadores o acogedores disfruten de la totalidad de la suspensión del contrato y de manera equitativa. Si actúan así, cada uno verá ampliado el permiso en dos semanas.

#### B) Modificación de la LGSS/2015

El Capítulo VI del Título II LGSS/2015 pasa a denominarse «maternidad y paternidad» y regula una prestación contributiva y otra no contributiva. La prestación contributiva de maternidad

y paternidad se reconoce a las personas que, cualquiera que sea su sexo y acrediten unos períodos mínimos de cotización, disfruten de los períodos de suspensión del contrato por maternidad, paternidad, adopción, guarda con fines de adopción y acogimiento familiar. La prestación no contributiva está prevista, en los mismos casos que la contributiva, cuando el/la beneficiario/a no acredite el período mínimo de cotización exigido.

#### IV. EL FUTURO DEL PERMISO Y LA PRESTACIÓN POR PATERNIDAD

Como se ha indicado *supra* el Pleno del Congreso de los Diputados, en su sesión de 26 de junio de 2018 y por unanimidad de los presentes –342 votos a favor–, tomó en consideración la proposición de ley presentada por el Grupo Parlamentario Confederado de Unidos Podemos-En Comú Podem-En Marea. Ante la eventualidad de que en un futuro inmediato pueda ser aprobada una reforma del permiso y de la prestación por paternidad, en las próximas líneas se expondrá cómo se considera que debería ser dicha regulación. Para ello, se toma en consideración el estado actual de la regulación, la normativa y jurisprudencia comunitaria, la experiencia de otros países y, finalmente, las proposiciones de ley reseñadas.

A mi juicio, la reforma debería realizarse en los términos siguientes:

a) Con carácter general, de acuerdo con la normativa<sup>47</sup> y jurisprudencia<sup>48</sup> europea, considero que nuestra legislación debe mantener la distinción entre permisos por maternidad/paternidad, cualquiera que sea el sexo de los beneficiarios, y permisos parentales. Si se opta por igualar los permisos de maternidad/paternidad, se hace mejorando con creces la normativa mínima europea y al margen de eventuales regulaciones del permiso parental. Además, el permiso de maternidad debe ser un permiso claramente diferenciado del permiso de paternidad, al menos por lo que respecta a la maternidad biológica, dada la doble finalidad del permiso en este caso, recuperación de la madre y cuidado del menor.

b) Debe producirse una equiparación de los permisos/las prestaciones de maternidad/paternidad. Cada progenitor, adoptante, guardador o acogedor, cualquiera que sea su sexo, debe tener derecho al mismo período de suspensión del contrato de trabajo. El derecho debe ser individual e intransferible, de modo que si uno de los progenitores no hace uso del período de permiso voluntario se pierde, al no acrecer a favor del otro.

c) La igualación del permiso/la prestación debe producirse progresivamente. Quizá en un plazo máximo de tres-cuatro años. Durante dicho período, fundamentalmente desde los gobiernos central y autonómicos, debe llevarse a cabo una labor de sensibilización, con el objetivo de dar a conocer, a la sociedad, en general, y a los trabajadores, a las trabajadoras, a las empresas y a las administraciones públicas, en particular, los nuevos derechos de conciliación y corresponsabilidad en la atención de los hijos y las hijas. Debe asegurarse que, cuando los/as trabajadores/as ejerciten el derecho de dieciséis semanas lo puedan hacer como cualquier otro derecho laboral, pero, en este caso, con una trascendental repercusión social, y sin temor a que sus derechos laborales puedan verse conculcados.

d) Cuando se produzca la equiparación total de los permisos de maternidad/paternidad se procederá a la supresión del permiso por nacimiento de hijo [art. 37.3, b) ET/2015], al carecer ya de sentido.

<sup>47</sup> Directiva 2010/18/UE del Consejo de 8 de marzo de 2010, por la que se aplica el Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental (DOUE de 18 de marzo); Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de 26 de abril de 2017, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores.

<sup>48</sup> Cfr. STJUE de 16 de junio de 2016, Rodríguez Sánchez, C-351/14, apdo. 44; STJCE de 14 de abril de 2005, C-519/03, apdo. 32: «el permiso parental es distinto del permiso de maternidad. El permiso parental se concede a los progenitores para que puedan ocuparse de su hijo. A este permiso puede accederse hasta una edad determinada del hijo, que puede ser de hasta ocho años. El permiso de maternidad, por su parte, persigue un objetivo diferente. Su finalidad consiste en asegurar, por un lado, la protección de la condición biológica de la mujer y, por otro, la protección de las especiales relaciones entre la mujer y su hijo durante el período que sigue al embarazo y al parto, evitando que la acumulación de cargas que deriva del ejercicio simultáneo de una actividad profesional perturbe dichas relaciones».

e) El otro progenitor, adoptante, guardador o acogedor, cualquiera que sea su sexo, debe disponer de dieciséis semanas de suspensión del contrato. Seis semanas deben ser de ejercicio obligatorio y a tiempo completo. Al menos en los supuestos de nacimiento de hijo o hija, por razones no solo de atención al menor, sino también a la madre (art. 68 Código Civil), el disfrute de estas seis semanas debería ser ininterrumpido y coincidente con el de la madre, es decir, durante las semanas inmediatamente siguientes al nacimiento. De optarse por el carácter interrumpido o fraccionado de estas seis semanas, debería garantizarse que, al menos, dos semanas se disfruten inmediatamente después del nacimiento del menor.

f) Las diez semanas restantes se podrán disfrutar hasta que el menor cumpla doce meses o hasta los doce meses desde la resolución judicial, en caso de adopción, o decisión administrativa, en caso de guarda o acogimiento. El disfrute de estas diez semanas debe poder ser simultáneo o sucesivo con el permiso de maternidad. La suspensión del contrato durante estas diez semanas puede ser ininterrumpida o fraccionada, a decisión del trabajador<sup>49</sup>, pero siempre por períodos mínimos de una semana y con un preaviso suficiente que permita a las empresas organizarse<sup>50</sup>. Asimismo, todo o parte de las diez semanas podrá disfrutarse a tiempo completo o a tiempo parcial, en este último caso, a decisión del trabajador y con las mismas condiciones de períodos mínimos de una semana y preaviso suficiente.

g) En los casos de familia monoparental, por la razón que sea, el único progenitor, adoptante, guardador o acogedor, debe tener derecho a sus dieciséis semanas de permiso, más la posibilidad de otras dieciséis, pudiendo disfrutar un total de treinta y dos semanas. Este permiso de treinta y dos semanas lo puede utilizar en su totalidad o podría ceder una parte a un familiar o persona con la que comparta el cuidado del menor.

h) Asimismo, el otro progenitor, adoptante, guardador o acogedor, cualquiera que sea su sexo, debe tener derecho a una prestación económica de Seguridad Social equivalente al 100 % de la base reguladora prevista para la incapacidad temporal, derivada de contingencias comunes. Además, si no se acredita el período mínimo de cotización exigido, también debe tener derecho a una prestación económica por el período obligatorio de suspensión del contrato.

Es evidente que el aumento progresivo que se propone de la duración del permiso/de la prestación por paternidad va a incrementar sustancialmente el gasto de la prestación. Si de 2016, con 13 días de permiso/prestación, a 2017, con cuatro semanas de permiso/prestación, el gasto casi se duplicó, pasó de 206 a 399 millones de euros, es claro que, cuando se implementen las dieciséis semanas, el gasto se cuadruplicará, siendo previsible que supere los 1.500 euros/año, que es el gasto que hoy genera la prestación por maternidad. Pero los principios de igualdad y no discriminación, los derechos de conciliación y de corresponsabilidad, deben permitir que ese gasto sea asumible. El gasto, en este caso, debe socializarse y nuestra sociedad –trabajadores, trabajadoras, empresas, administraciones públicas y sociedad en general– debe concienciarse de que es un gasto necesario, imprescindible y en beneficio de todos.

## V. CONSIDERACIONES FINALES

1. Desde el 24 de marzo de 2007, fecha de entrada en vigor de la LOI/2007, los padres u otros progenitores tienen derecho a un permiso por paternidad de 13 días y a una prestación de económica durante esos días, equivalente al 100 % de la base reguladora prevista para la incapacidad temporal, derivada de contingencias comunes. Hubo que esperar casi diez años –1 de enero de 2017– para que se ampliara la duración del permiso/prestación a cuatro semanas. Y desde el 5 de julio de 2018 es de cinco semanas (arts. 48.7 ET/2015 y 183 y ss. LGSS/2015).

<sup>49</sup> Dejar el disfrute ininterrumpido o fraccionado de este derecho al acuerdo entre empresario y trabajador puede llevar a la aceptación del interés empresarial o, en caso de disconformidad, al consiguiente conflicto, cuya solución puede llegar tarde.

<sup>50</sup> Lo ideal sería que el trabajador determinara el/os momento/s de disfrute al inicio del ejercicio del derecho. De no ser posible, al menos con quince días de antelación.

2. La normativa europea, tanto en sus Directivas vigentes como en la Propuesta de Directiva de 2017, distinguen claramente entre permisos por maternidad, por paternidad y parental. A mi juicio, nuestro legislador debe mantener esa distinción, sin perjuicio de que se pueda adoptar una denominación diferente más adecuada a la realidad actual.

3. Los permisos de maternidad/paternidad permiten la ausencia del trabajo con ocasión del nacimiento, adopción, guarda o acogimiento de un hijo/a, mientras que el permiso parental posibilita la ausencia del trabajo para el cuidado de un hijo/a por el mismo motivo.

4. Nuestra legislación, de manera progresiva, debe propiciar una equiparación de los permisos/las prestaciones de maternidad/paternidad. El propósito debe ser que, en un plazo máximo de tres-cuatro años, cada progenitor, adoptante, guardador o acogedor disponga de un período de suspensión del contrato de dieciséis semanas y de la correspondiente prestación económica de seguridad social equivalente al 100 % de la base reguladora prevista para la incapacidad temporal, derivada de contingencias comunes.

El objetivo de la reforma legal debe ser triple, a saber, mejorar los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar; garantizar la corresponsabilidad entre progenitores, adoptantes, guardadores o acogedores; y lograr, en este aspecto, la igualdad de género. Es evidente que una «mayor participación de los padres (progenitores) en el cuidado de sus menores propicia la verdadera conciliación de las responsabilidades familiares y laborales desde la perspectiva de la igualdad de género»<sup>51</sup>.

5. Los permisos deben caracterizarse por los rasgos de individual e intransferible. Comoquiera que una parte del permiso debe ser obligatoria y otra voluntaria, si uno de los progenitores, adoptantes, guardadores o acogedores no hace uso del período de permiso voluntario, total o parcialmente, dicho período se pierde, sin posibilidad de que acrezca a favor del otro.

6. El permiso del otro progenitor, adoptante, guardador o acogedor, cualquiera que sea su sexo, debe tener una duración de dieciséis semanas. El permiso tendrá una parte obligatoria de seis semanas que, como regla general, debe ser coincidente en el tiempo con el de la otra persona; sobre todo, en casos de nacimiento de hijo, en los que requiere atención no solo el menor, sino también la madre. Las otras diez semanas tienen carácter voluntario y se deben poder disfrutar, a decisión de la persona trabajadora, de forma ininterrumpida o fraccionada, por períodos mínimos de una semana; a tiempo completo o a tiempo parcial; y coincidente o sucesiva con el permiso de maternidad.

7. Cuando exista un único progenitor, adoptante, guardador o acogedor debe garantizarse un período de suspensión del contrato equivalente al que corresponde cuando son dos progenitores. Bien para que este disfrute en su totalidad de las treinta y dos semanas, bien para que un familiar o persona con la pueda compartir el cuidado del menor haga uso de una parte del permiso, en igualdad de condiciones laborales y de seguridad social.

8. Aunque no es objeto de este trabajo y España tiene reconocidos derechos encuadrables en el denominado permiso parental, como se decía, además de los permisos de maternidad/paternidad, los progenitores, adoptantes, guardadores, o acogedores deberían poder disfrutar de un permiso parental en los términos en los que aparece regulado en la normativa comunitaria vigente y en la propuesta de Directiva de 2017. Así, un derecho individual de, al menos, cuatro meses, a disfrutar hasta que el menor cumpla la edad de doce años. El permiso debería ser intransferible y dar derecho a una remuneración o prestación económica adecuada, equivalente, al menos, a la que se recibiría en caso de incapacidad temporal, derivada de contingencias comunes.

<sup>51</sup> STSJ País Vasco de 11 de diciembre de 2017, Rec. 2168/17.



# CAPÍTULO XV. LAS RECIENTES INTERPRETACIONES JUDICIALES DE LOS REQUISITOS DE LA PRESTACIÓN ECONÓMICA POR CUIDADO DE HIJOS CON CÁNCER U OTRAS ENFERMEDADES

MARÍA JOSÉ ROMERO RODENAS

*Catedrática de Derecho del Trabajo y Seguridad Social  
Universidad de Castilla-La Mancha*

ÓSCAR CONTRERAS HERNÁNDEZ

*Profesor Ayudante Derecho del Trabajo y Seguridad Social  
Universidad de Castilla-La Mancha*

## I. LA SITUACIÓN PROTEGIDA

Son muchos los fundamentos jurídicos que llevan al legislador a dar una mayor protección en los supuestos más extraordinarios y sensibles en el cuidado de hijos con cáncer u otras enfermedades graves. Así, cabe destacar el art. 39.3 CE al reconocer que "los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro 1º fuera del matrimonio, durante su minoría de edad (...) El art. 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño de la ONU insta a los Estados partes, al reconocimiento del derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud. Los Estados Partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios. Igualmente, en el art. 6 se recoge su derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo y en el art. 23 el derecho de los niños impedidos, a recibir cuidados especiales. Del mismo modo, resulta de obligada consideración el reconocimiento a "Todo menor tiene derecho a que su interés superior sea valorado y considerado como primordial en todas las acciones y decisiones que le conciernan, tanto en el ámbito público como privado" a tenor del art. 2.1 LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de modificación parcial del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En el ámbito de la Unión Europea, el Acuerdo Marco sobre Permiso parental, de 18 de junio de 2009 a través de la Directiva 2010/18/UE del Consejo, de 8 de marzo de 2010, contemplaba la necesidad de proteger las ausencias al trabajo por motivos de fuerza mayor relacionados con las enfermedades o accidentes de familiares. Además, la Resolución A2-25/86 de 13 de mayo de 1986, del Parlamento Europeo, por la que se aprueba la Carta Europea de los derechos de los niños hospitalizado, recoge el derecho de los niños a estar acompañados de sus padres durante el máximo tiempo posible de su permanencia en el hospital<sup>1</sup>.

Reconoce la doctrina judicial, la base jurídica de la prestación por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave "no es otra que facilitar la conciliación de la vida familiar y laboral y, en buena medida hacer realidad el mandato contenido en el art. 39.2 CE" acerca de la protección integral de los hijos, "quienes bien mirado son los verdaderos causantes de

---

<sup>1</sup> PAREDES RODRIGUEZ J.M. "Prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave", *Revista Aranzadi Social Doctrinal* núm. 1, 2011, pág. 5.

la prestación, por mucho que los beneficiarios del mismo sean los progenitores, adoptantes o acogedores de carácter preadoptivo o permanente, y también de la familia”<sup>2</sup>.

Esta prestación económica de la Seguridad Social nace en virtud de la Disposición Final 7.2 de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del Sistema de Seguridad Social y como pone de relieve el preámbulo del Real Decreto 1148/2011, de 29 de julio, *para la aplicación y desarrollo, en el sistema de la Seguridad Social, de la prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave* (RD. 1148/2011) y señala la STS de 28 de junio de 2016<sup>3</sup>, dicha prestación, “viene a compensar la pérdida de ingresos que sufren las personas interesadas al tener que reducir su jornada, con la consiguiente disminución de salarios, por la necesidad de cuidar de manera, directa, continua y permanente a los hijos menores a su cargo durante el tiempo de hospitalización y tratamiento continuado de la enfermedad fuera del centro hospitalario”. Cumplidos los 18 años, aun tratándose de personas discapacitadas y necesitadas de cuidados por sus progenitores, la prestación se extingue.

La situación protegida la constituye la reducción de la jornada de trabajo, con disminución proporcional del salario, llevada a cabo por los progenitores, adoptantes o acogedores de carácter familiar preadoptivo o permanente, cuando ambos trabajen, para el cuidado de menores que estén a su cargo y se encuentren afectados por cáncer u otra enfermedad grave de las incluidas en el listado contenido como anexo en el RD. 1148/2011, siempre que se requiera ingreso hospitalario de larga duración y tratamiento continuado de la enfermedad, cuyas circunstancias deberán ser acreditadas por informe del Servicio Público de Salud (SPS).

Además, será requisito indispensable que el beneficiario reduzca su jornada de trabajo, al menos, en un 50 por 100 de su duración a tenor del art. 37. 6 ET y art. 4 del RD 1148/2011, a fin de que se dedique al cuidado directo, continuo y permanente del menor. Dicho porcentaje se entiende referido “a una jornada a tiempo completo comparable” o a una jornada de cuarenta horas “en el caso de personas trabajadoras por cuenta propia y asimiladas y de las personas empleadas de hogar de carácter discontinuo”. En ausencia de trabajador comparable y de regulación en convenio colectivo de aplicación, por jornada máxima, habrá de entenderse que se aplicará la jornada máxima legal de cuarenta horas<sup>4</sup>.

Para el acceso a la prestación se exigirán los mismos requisitos y en los mismos términos y condiciones que los establecidos para la prestación de maternidad contributiva. Se reconocerá un subsidio económico equivalente al 100 por 100 de la base reguladora establecida para la prestación de incapacidad temporal derivada de contingencias profesionales, y en proporción a la reducción que experimente la jornada de trabajo (art. 6.1 RD 1148/2011). Esta prestación se extinguirá cuando, previo informe del SPS u órgano administrativo sanitario de la comunidad autónoma correspondiente, cese la necesidad del cuidado directo, continuo y permanente, del hijo o del menor acogido por parte del beneficiario, o cuando el menor cumpla 18 años<sup>5</sup>.

## II. CAUSANTES DEL DERECHO A LA PRESTACIÓN Y REQUISITOS DE LOS BENEFICIARIOS

Los causantes del derecho a dicha prestación son los hijos o menores acogidos a cargo del beneficiario en los que concurran las circunstancias siguientes: ser menor de 18 años; padecer cáncer o cualquier otra enfermedad grave de las referidas en el RD. 1148/2011 con las interpretaciones extensivas e inclusivas que la doctrina judicial y jurisprudencia ha recogido; que

<sup>2</sup> STSJ Madrid de 9 de mayo de 2014, rec. 5320/2014.

<sup>3</sup> Rec. 80/2015.

<sup>4</sup> GARCÍA ROMERO B.: “Prestación por cuidado de menores con cáncer u otra enfermedad grave. Revisión crítica a la luz de la doctrina judicial”, *Revista de Direito do Trabalho* núm. 43 (2017) págs. 249; MELLA MÉNDEZ L., “El cuidado de menor afectado por cáncer u otra enfermedad grave: análisis crítico de la regulación legal y de seguridad social”, *Revista Relaciones Laborales* núm. 1, 2013, pág. 6.

<sup>5</sup> In extenso, GARCÍA ROMERO B.: “Prestación por cuidado de menores con cáncer u otra enfermedad grave. Revisión crítica a la luz de la doctrina judicial”... op.cit. págs. 247 y ss.

dicha enfermedad grave requiera ingreso hospitalario y que los hijos o menores acogidos precisen cuidado directo, continuo y permanente.

Serán beneficiarios de esta prestación, los trabajadores y trabajadoras por cuenta ajena y por cuenta propia, cualquiera que fuera su sexo, que cumplan los requisitos exigidos<sup>6</sup> y en los que concurra las siguientes circunstancias: primero, estar afiliados y en alta en algún Régimen de la Seguridad Social. Segundo, acreditar el periodo de cotización exigido para la prestación de maternidad contributiva diferenciando el período de carencia en función de que el beneficiario o beneficiaria sea menor de 21 años, que tenga una edad comprendida entre 21 y 26 años, o que sea mayor de 26 años. Tercero, haber reducido su jornada de trabajo al menos en un 50 por 100 de su duración, en los términos establecidos en el art. 37.6, párrafo tercero del Estatuto de los Trabajadores (ET) a fin de dedicarse al cuidado directo, continuo y permanente del menor. Y en el supuesto de contratación a tiempo parcial se tendrá derecho al subsidio en las mismas circunstancias (reducción de la jornada de trabajo al menos en un 50 por 100 de reducción) siempre que la duración efectiva de la jornada a tiempo parcial sea superior al 25 por 100 de una jornada de trabajo de una persona trabajadora a tiempo completo comparable, salvo que tuviera dos o más contratos a tiempo parcial<sup>7</sup>

Cuando concurra en ambos progenitores, adoptantes, o acogedores las circunstancias necesarias para tener la condición de beneficiarios de la prestación, el derecho a percibirla solo podrá ser reconocido a favor de uno de ellos. Obviamente con esta opción en el ejercicio del derecho se evita la duplicidad de la cobertura pública ante una situación protegida idéntica<sup>8</sup>.

## 1. REQUISITO DE QUE AMBOS PROGENITORES TRABAJEN

De otro lado, el art. 190 TRLGSS requiere, asimismo, que ambos progenitores trabajen, o sea, que lleven a cabo una actividad laboral en sentido legal y con la dedicación que se exige y requiere toda tarea de trabajo, y es lo cierto que la norma reguladora de esta prestación no ampara la situaciones distintas y muy variadas que pueden producirse en la práctica.

En este sentido, la STSJ Murcia de 24 de noviembre de 2014 (rec. 207/2014) contempla un supuesto particular al estar la madre dada de alta en el sistema Seguridad Social como consecuencia de la aplicación del convenio especial de cuidadores no profesionales en situación de dependencia. En este caso, la madre había sido nombrada cuidadora de la menor y recibía por ello una prestación económica, pero tal situación argumenta la Sentencia no puede ser considerada como trabajo o actividad laboral, ni la prestación recibida puede equipararse a salario y, por tanto, a trabajo retribuido, puesto que dicha prestación tiene como objeto facilitar el cuidado del hijo enfermo a los progenitores, concediéndoles una prestación para suplir la merma de salario consiguiente a la reducción de jornada que uno u otro han de solicitar para poder prestar dicho cuidado al hijo; y ello no sucede cuando la madre esta dada de alta en el sistema de la Seguridad Social en virtud del convenio especial de cuidadores no profesionales.

No siempre resulta tan fácil atender a la finalidad de la norma cuando uno de los progenitores está impedido, no solo para ejercer un trabajo, sino también para el cuidado del menor por padecer una discapacidad física o psíquica. Una interpretación finalista de la norma, ha servido al Juzgado de lo Social núm. 3 de Albacete para reconocer, en un supuesto concreto, esta prestación<sup>9</sup>.

<sup>6</sup> Según lo dispuesto en el art. 191 del Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, *por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social* (TRLGSS), se exigirán los mismos requisitos que los establecidos para la prestación de maternidad.

<sup>7</sup> ROMERO RODENAS M.J, TARANCÓN PÉREZ E., *Prestaciones del Régimen General de la Seguridad Social*, Bomarzo, Albacete, 2018, pág. 150.

<sup>8</sup> LOUSADA AROCHENA J.F.: "Derechos vinculados al cuidado de menor afectado por cáncer u otra enfermedad grave" *Revista Actualidad Laboral* núm. 8, 2011, consulta en smarteca.

<sup>9</sup> Vid., SJS núm. 3 de Albacete de 16 de abril 2018, autos 719/17, que conoce de un supuesto donde la madre padece una discapacidad psíquica del 65 % (trastorno bipolar) que no le permite realizar ningún trabajo ni cuidar a su hijo menor afectado de cáncer.

A esta conclusión llega la magistrada atendiendo a una interpretación constitucionalista en base a la STC 26/2011, de 14 de marzo, sobre discriminación por circunstancias personales o familiares, conciliación de la vida familiar, en la que establece que “la dimensión constitucional de las medidas normativas tendentes a facilitar la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, tanto desde la perspectiva del derecho a la no discriminación por razón de las circunstancias personales (art. 14 CE) como desde la perspectiva del mandato de protección a la familia y a la infancia (art. 39 CE) debe prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa que pueda suscitarse ante la aplicación a un supuesto concreto de una disposición que afecte a la conciliación profesional y familiar. Ello obliga a valorar las concretas circunstancias personales y familiares que concurren en el supuesto descrito donde uno de los progenitores esta incapacitado para velar por el cuidado del menor y el otro progenitor debe compatibilizar su trabajo con el cuidado del menor solicitando así la prestación analizada”.

A mayor abundamiento, el TSJ Andalucía (Málaga) en Sentencia de 11 de diciembre<sup>10</sup>, reconoce la prestación económica de cuidado de menor afectado de cáncer u otra enfermedad grave en un supuesto donde la madre no se encontraba en alta en Seguridad Social por tener reconocida la prestación de incapacitada permanente absoluta. Razonamiento jurídico con base en el art. 7.2.a) del RD 1148/2011, al señalar que “(..) cuando, por motivos de salud, la persona que se hacía cargo del menor no pueda atenderle y se encuentre en situación de incapacidad temporal o en periodo de descanso obligatorio de maternidad por nacimiento de un nuevo hijo podrá reconocerse un nuevo subsidio por cuidado de menores a la otra persona progenitora, adoptante o acogedora, siempre que la misma reúna los requisitos para tener derecho al subsidio”. Es decir, -cierra la argumentación jurídica- de haber sido la esposa quien percibiera el subsidio, al ser declarada en IT podría haberse reconocido el subsidio al marido. Carece de sentido que, si se declara en IPA por una grave enfermedad que la auto limita, el marido y el menor, se encuentren en peor situación<sup>11</sup>.

De forma que, cuando la norma prevé como causa extintiva el cese de la actividad laboral de uno de los progenitores, lo hace en tanto que este, por esa desvinculación laboral, ya está en condiciones de atender al cuidado del menor. Es decir, si uno de los progenitores no está sujeto a la dedicación que requiere toda actividad laboral, entiende la norma que el mismo puede prestar a su hijo la atención que requiere la enfermedad<sup>12</sup>. En sentido contrario, cuando uno de los progenitores por razón de padecer una grave enfermedad, que repercute directamente en la imposibilidad del cuidado del menor afectado por una IPA, debe reconocerse la prestación económica por cuidado de menor afectado de cáncer u otra enfermedad grave<sup>13</sup>.

## 2. PROGENITORES DIVORCIADOS Y UNO DE ELLOS CAUSA BAJA EN EL SISTEMA DE LA SEGURIDAD SOCIAL

La STS de 12 de junio de 2018 núm. 614/2018 enjuicia la situación planteada, que no es otra que determinar si la madre divorciada que tiene concedida la guarda y custodia de una hija afectada por una enfermedad grave puede seguir disfrutando la prestación económica otorgada para su cuidado cuando el otro progenitor causa baja en el Sistema de la Seguridad Social. El art. 4.4 del RD 1148/2011, contempla que “en los casos de separación judicial, nulidad o divorcio, si ambas personas progenitoras, adoptantes o acogedoras tuvieran derecho al subsidio podrá ser reconocido a favor de la determinada de común acuerdo. A falta de acuerdo y de previsión judicial expresa, se atribuirá la condición de persona beneficiaria del subsidio a aquella a quien se conceda la custodia del menor y si ésta fuese compartida a la que lo solicite en primer lugar. Lo dispuesto en este apartado será igualmente de aplicación en los supuestos de ruptura de una unidad familiar basada

<sup>10</sup> Rec. 1362/2014.

<sup>11</sup> Vid., fundamento jurídico primero y tercero de la STSJ Andalucía (Málaga) de 11 de diciembre de 2014, rec. 1362/2014.

<sup>12</sup> STSJ Aragón 18 de julio de 2012, rec. 1042/2012.

<sup>13</sup> SJS núm. 3 Albacete de 16 de abril 2018.

en una análoga relación de afectividad a la conyugal". En consecuencia, si uno de los progenitores no está sujeto a la dedicación que requiere toda actividad laboral, entiende la norma reguladora de esta prestación que el mismo puede prestar a su hijo la atención que requiere la enfermedad, sin distinguir a estos efectos que el progenitor "cuidador en la enfermedad", sea o no el progenitor que tiene la custodia del menor en caso de separación o divorcio.

De hecho, la norma contempla la posibilidad de que exista la situación de separación o divorcio, pero sólo para disponer que, en tales casos, si ambas personas progenitoras tuvieran derecho al subsidio, podrá ser reconocido a favor de la determinada de común acuerdo o, en su defecto, a la que tenga la custodia del menor o, si ésta fuese compartida, a la que lo solicite en primer lugar. No llegamos a comprender muy bien el porqué de estos requisitos para reconocer en su caso una única prestación con la determinante exigencia legal compartida para los dos progenitores, quizás hubiera sido más fácil establecer una regla de incompatibilidad de la prestación, sin embargo, cabe pensar que dichos condicionantes legales son solo a los efectos de la protección social, de ahí que pueda entenderse que juega un papel fundamental la contención del gasto en seguridad social.

No cabe duda que el supuesto es concluyente para los supuestos de separación o divorcio, donde es requisito igualmente de la prestación que ambos progenitores trabajen, y también se infiere de esta regulación que la norma contempla la posibilidad de que uno de los progenitores tenga la guarda y custodia del menor y, sin embargo, pueda ser el otro quien desempeñe la función cuidadora del hijo enfermo, a la que se refiere la repetida prestación<sup>14</sup>.

Pero ya hemos visto anteriormente como el art. 190 TRLGSS exige que ambos progenitores trabajen y que, por ello, estén afiliados y en situación de alta en algún régimen público de Seguridad Social, sin distinguir entre progenitores casados (separados legalmente o no), divorciados y no casados (convivientes o no). En efecto, la interpretación literal de la norma no permite excluir de la unidad familiar a efectos prestacionales al progenitor separado (o divorciado), porque el subsidio tiene por objeto facilitar el cuidado del hijo enfermo a los progenitores que trabajan, concediéndoles una prestación para suplir la merma de salario correspondiente a la reducción de jornada que uno u otro han de solicitar para poder prestar dicho cuidado al hijo. Es más, si uno de los progenitores no trabaja, presupone la norma reguladora de esta prestación, que el mismo puede prestar a su hijo la atención que requiere la enfermedad, sin distinguir a estos efectos si el progenitor que cuida al menor enfermo es o no el progenitor que tiene su custodia en caso de separación o divorcio. El art. 154.1 del Código Civil es claro a la hora de establecer el conjunto de deberes inherentes a la patria potestad de ambos progenitores como es "Velar por ellos, tenerlos en su compañía..".

De hecho, como se ha señalado, el RD 1148/2011 contempla la posibilidad en su art. 4.4 de que exista la situación de separación o divorcio, pero sólo para disponer que, en tales casos, si ambas personas progenitoras tuvieran derecho al subsidio, podrá ser reconocido a favor de la determinada de común acuerdo o, en su defecto, a la que tenga la custodia del menor o, si ésta fuese compartida, a la que lo solicite en primer lugar. Ello significa que se contempla la posibilidad de que uno de los progenitores tenga la guarda y custodia del menor y, sin embargo, pueda ser el otro quien desempeñe la función cuidadora del hijo enfermo, lo que viene a reconocer el precepto implícitamente en la corresponsabilidad familiar en atención al cuidado del hijo menor enfermo. Todo ello hace concluir que para el TS también en los supuestos de separación o divorcio es requisito para la obtención de la prestación que ambos progenitores trabajen como señala la STS de 12 de junio de 2018, citada. En nuestra opinión, para evitar la litigiosidad y atendiendo a la sensibilidad social que comporta tener un hijo menor afectado de cáncer u otra enfermedad grave, sería deseable que en estos supuestos de separación o divorcio el legislador fuera más sensible atendiendo a las circunstancias no siempre pacíficas que reúne un proceso de este tipo donde la custodia de los menores no siempre es compartida.

<sup>14</sup> STSJ Aragón 18 julio de 2012, rec. 412/2012.

Es más, el art. 7.3.b) del RD 1148/2011 establece como causa de extinción de la prestación cuando uno de los progenitores cesa en su actividad laboral, sin establecer excepcionalidad alguna. Esta circunstancia comporta jurídicamente la exigencia -también en los casos de separación o divorcio- de que ambos progenitores trabajen para, en un primer momento reconocerle dicha prestación y, para después mantenerle o extinguirle la prestación.

El TS en la sentencia señalada deja abierta la flexibilización de este requisito en los casos de familias monoparentales<sup>15</sup>, o en casos donde el otro progenitor ha fallecido, o está inválido al apuntar la necesidad en estos casos de acomodar las genéricas previsiones. Entendemos que no contemplar los supuestos de cuidado de hijos menores por enfermedad grave o cáncer en familias monoparentales es un caso claro de discriminación directa por el estado civil de los padres o de discriminación indirecta por razón de sexo en su mayoría mujeres que dan el paso a ser madres en solitario, y que en modo alguno están exentas de tener un hijo con enfermedad grave o cáncer. Esta apreciación tiene que permitir una interpretación flexibilizadora -lo apunta recientemente la STS, citada- para que las familias monoparentales puedan tener derecho a esta prestación económica.

Pero en todos los supuestos debe realizarse una interpretación basada en la protección del interés del menor y ello no se cumple ni fomenta su integración con el progenitor que no tiene la custodia en los casos de divorcio o separación y que además es quien no trabaja o ha dejado de hacerlo. En este caso se trata del progenitor que, en la práctica, está en mejores condiciones de prestarle toda la atención que precisa, sin tener que compatibilizarla con el desarrollo de la actividad labora y así se ejercitaría plenamente la corresponsabilidad en el cuidado del menor enfermo.

### 3. TIEMPO DE HOSPITALIZACIÓN Y TRATAMIENTO CONTINUADO DE LA ENFERMEDAD

Es importante a los efectos de esta prestación, la conceptualización de ingreso hospitalario de larga duración atendiendo a la continuación del tratamiento médico o el cuidado del menor en el domicilio tras el diagnóstico y hospitalización por enfermedad grave; habiéndose declarado como situaciones protegidas, entre otras, y a título de ejemplo: la falta de audición del menor asociada a un deficitario desarrollo del lenguaje que exige una atención constante, sostenida y directa por parte de los progenitores<sup>16</sup>; el grave sufrimiento perinatal que exige tratamiento en domicilio con atención personalizada y continuada durante las 24 horas del día<sup>17</sup>. Por el contrario, se ha denegado la prestación económica respecto de un menor que presenta diabetes mellitus, tipo I<sup>18</sup> o ante le existencia de fibrosis quística, cuando además no trabajan ambos cónyuges<sup>19</sup>.

En relación con el concepto de “tiempo de hospitalización y tratamiento continuado de la enfermedad”, exigido por el art. 190 TRLGSS, hay que acudir al art. 2.1 del RD 1148/2011 donde se establece que “(.) se considerará asimismo como ingreso hospitalario de larga duración la continuación del tratamiento médico o el cuidado del menor en domicilio tras el diagnóstico y hospitalización por la enfermedad grave”. En este sentido, el Reglamento define el tratamiento continuado de la enfermedad con el tratamiento en domicilio tras diagnóstico y hospitalización, siendo suficiente acudir de forma continua a centros hospitalarios, así como, recibir tratamiento especializado en algún centro específico relacionado con su patología grave o cáncer.

<sup>15</sup> Vid., art. 185.1 *in fine* de la Ley 40/2007, donde se define el concepto de familia monoparental como “la constituida por un solo progenitor con el que convive el hijo nacido o adoptado y que constituye el sustentador único de la familia”.

<sup>16</sup> STSJ Navarra de 5 de marzo de 2015, rec. 59/2015.

<sup>17</sup> STSJ Aragón de 4 de febrero de 2015, rec. 5/2014.

<sup>18</sup> STSJ Madrid de 14 de mayo de 2015, rec. 845/2014.

<sup>19</sup> STSJ Murcia de 24 de noviembre de 2014, rec. 207/2014.

Una interpretación esta, acorde a la doctrina<sup>20</sup> y sobre todo, con lo dispuesto en el preámbulo del RD 1148/2011, que se pronuncia sobre el fin de la prestación al señalar que la misma “tiene por objeto compensar la pérdida de ingresos que sufren las personas interesadas al tener que reducir su jornada, con la consiguiente disminución de salarios, ocasionada por la necesidad de cuidar de manera directa, continua y permanente de los hijos o menores a su cargo, durante el tiempo de hospitalización y tratamiento continuado de la enfermedad”.

No es baladí recordar que los Tribunales a la hora de aplicar las normas deben integrar y aplicar los principios de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres como principio informador del ordenamiento jurídico, como impone el art. 4 de la Ley Orgánica 3/2007 de 22 de marzo, *para la Igualdad Efectiva entre Mujeres y Hombres* (LOIEMH). Este principio entraña tener en cuenta de entre las varias interpretaciones posibles, si alguna puede suponer una discriminación directa o indirecta.

En la mayoría de casos de nuestra realidad social, es la mujer quien reduce su jornada para conciliar su vida laboral con la profesional y atender a las necesidades de los hijos, por lo que interpretaciones rigoristas, formalistas y enervantes, como la propuesta por la Mutas Colaboradoras de la Seguridad Social, que parece exigir que los menores no se muevan del domicilio para que sean acreedoras de la prestación, pugnarían con el deber de integrar en la interpretación de las normas el principio de igualdad de trato. El art. 4 LOIEMH y el art. 9.2 CE imponen descartar dicho criterio interpretativo, debiéndose reivindicar por un criterio actualizado y acorde con la finalidad de la norma y su interpretación constitucional en el marco del derecho a la Seguridad Social, a la conciliación de la vida personal laboral y familiar y a la igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres como se desprende de la STC 26/11, de 14 de marzo.

#### 4. ESCOLARIZACIÓN EN CENTRO ESPECIAL

Un supuesto que ha sido analizado por el TS<sup>21</sup> ha sido el hecho de que el menor acuda a un centro especial todos los días durante unas horas, resolviendo el derecho de la madre a percibir la prestación para cuidar a su hijo aunque esté escolarizado en centro especial, dado que la gravedad de las dolencias que padece y las severas limitaciones que conllevan, hacen que durante el tiempo en el que permanece en su domicilio tenga que ser objeto de intensos cuidados por parte de su madre, de manera directa, continua y permanente.

El reconocimiento de esta prestación, en ninguno de los preceptos aplicables (art.190 TRLGSS y art. 2 RD 1148/2011) se exige que esta necesidad de cuidar de manera directa, continua y permanente al menor suponga la atención al mismo durante las 24 horas del día, abordando la problemática del cuidado con una nueva mirada, pues el concepto de cuidado se transforma, no desaparece por no ser ilimitado. Los preceptos citados requieren que el cuidado sea directo, continuo y permanente, pero, en modo alguno tal exigencia es equiparable a cuidado personal durante el día entero. Es más, al establecerse en los preceptos citados el subsidio a favor del progenitor, adoptante o acogedor, siempre que la jornada se reduzca, al menos en un 50 %, supone que el solicitante del subsidio no va a dedicar la totalidad de su tiempo al cuidado del menor, ya que una parte de este lo dedica a la realización de su trabajo. El concepto cuidado deriva del latín *cogitus* “pensamiento”, y no es tanto una actividad física como mental <sup>22</sup>, es decir, comporta “actividades de transformación directa del entorno, pero también actividades de vigilancia que principalmente requieren disponibilidad y resultan compatibles con otras actividades simultáneas”<sup>23</sup>.

<sup>20</sup> SSTSJ Cataluña núm. 3681/2014 de 20 mayo; 11 de marzo 2016, rec. 5691/2015; 17 de febrero de 2016, rec. 6585/2015; 20 de marzo de 2015, rec. 236/2015.

<sup>21</sup> Por todas, STS 28 junio de 2016, rec. 80/2015.

<sup>22</sup> DURÁN M.A., La riqueza invisible del cuidado, U. Valencia, 2018, pág. 126.

<sup>23</sup> DURÁN M.A., La riqueza... op.cit. pág. 126.

Así pues, el hecho que el menor esté escolarizado en un centro especial donde recibe atención especializada, no debe suponer, dada la gravedad de sus dolencias y las severas limitaciones que comportan, que durante el tiempo en el que permanece en su domicilio no tenga que ser objeto de intensos cuidados por parte de su madre, de manera directa, continua y permanente.

El legislador no ha previsto como causa de extinción de la prestación, el que el menor esté escolarizado. Por tanto, “resulta difícil pensar, hoy en día, que ningún menor, por severas que sean las limitaciones que padece, no acuda a algún centro de escolarización, tratamiento, centro especial... para, en la medida de lo posible, mejorar su situación e intentar que adquiera los conocimientos que su situación le permita”<sup>24</sup>.

---

<sup>24</sup> Fundamento jurídico tercero de la STS 28 junio de 2016, rec. 80/2015.



# **CAPÍTULO XVI. DELIMITACION MORFOLOGICA DE LA REALIDAD FAMILIAR EN LA ACTUALIDAD: LA FAMILIA, INSTITUCION SOCIAL BASICA**

VICTORIA SÁNCHEZ MÁS

*Graduada en RR. Laborales y RR. Humanos  
Escuela Granadina de Derecho del Trabajo y S. Social  
Universidad de Granada. Campus de Melilla*

En la España del siglo XXI se hace necesario adaptar su Ordenamiento Jurídica a la evolución experimentada por y en la sociedad nacional. Muchos son los cambios necesarios para avanzar en el Estado del Bienestar Social, hoy consolidado, pero necesitado de una nueva actualización en sus objetivos y contenidos jurídicos sociales.

Dado el contenido definido para este Congreso, centraremos nuestro trabajo en la defensa de la celebración de un gran PACTO SOCIAL PARA LA FAMILIA Y SU PROTECCION, que debe servir de base para las nuevas normas jurídicas que con tal fin se elaboren y aprueben.

Este Pacto Social para la Familia y su Protección ha de fundarse en un conjunto de Principios y medidas que trataremos de exponer en esta comunicación, que no obedece nada más que a exteriorizar nuestro posicionamiento doctrinal en la materia.

Como primera premisa queremos manifestar nuestra defensa de la familia como institución básica de la sociedad. La familia, desde nuestra concepción, en un concepto amplio y no tradicional, construye el elemento esencial de la sociedad española.

Como tal institución social, debe imprimir carácter de comportamiento a sus componentes, basado éste en los principios de solidaridad, compromiso, tolerancia y cohesión social.

Por ello, el legislador ha de instrumentalizar todas las vías posibles, para regular tanto los servicios, medidas y políticas sociales, que directa e indirectamente, incidan en el desarrollo de esta institución básica de la sociedad, creando un clima propicio y constructivo en el que se puedan desarrollar los valores reseñados en el párrafo anterior.

Ello implica la necesidad de avanzar de manera decidida en la protección social, jurídica y económica de la familia, reconociendo su posición como sujeto activo en el proceso de cohesión social y solidaridad, papel que se ha puesto de manifiesto en los años de crisis económica que hemos Padecido en nuestra nación.

La sociedad española ha evolucionado, estamos ante una nueva transición social, por ende, jurídica, que demanda respuestas positivas ante las incipientes realidades que se aprecian en la familia española.

Es por ello, por lo que se ha de prestar atención y abordar con precisión las actuales demandas y sustantividad que presenta esta institución social. Pero no limitándose a una mera modificación del actual ordenamiento jurídico vigente en la materia, sino todo lo contrario, elaborando una nueva configuración técnica jurídica de esta realidad social.

Consecuencia de la crisis económica que hemos padecido, el concepto de familia ha adquirido una nueva dimensión social, dada que han asumido un papel esencial en la misma los abuelos y otros miembros de la aquella. Han creado un emergente principio de solidaridad intergeneracional, que el legislador no podrá dejar de atender y deberá reconocerlo y apoyarlo.

## I. MEDIDAS DE ACTUACION ESENCIALES

Como premisa de soporte para la nueva regulación esta el respeto y reconocimiento de los padres como sujetos activos y primarios en la educación de sus hijos. Este legítimo derecho de los progenitores ha de garantizarse por la norma, e, incluso, ésta ha de estructurar los medios necesarios para que la óptica de la familia esté presente en los centros educativos.

En conexión directa con la protección jurídica social de la familia están las políticas de fomento de la natalidad, dado que ha de mejorar nuestra pirámide de población y ser un soporte elemental en el futuro de nuestro Sistema Público de Pensiones.

El Gran Pacto Social Nacional que defendemos ha de examinar, con mucha atención, el rol que juegan en los momentos actuales los niños y jóvenes españoles, como garantes de la construcción de nuestra sociedad.

Paralelamente al fomento de la tasa de natalidad y el reconocimiento de su valor en el futuro de la nación a los niños y jóvenes, ha de estar presente los proyectos de regulación en los procesos de acogimiento de menores y los procesos de adopción. Salvaguardando los derechos de las madres y los menores en tales procesos. La regulación de tales proyectos ha de favorecer la agilización en la tramitación de los sistemas de adopción y acogimiento y garantizar jurídicamente la protección de la infancia.

Si hablamos de familia, necesariamente hemos de referirnos a los tipos de familias que se reconocen en la actualidad. El concepto tradicional de familia engloba a la formada por los progenitores y los hijos descendientes de ellos. Pero este concepto se amplía en la actualidad, en parte debido a las nuevas relaciones socio-familiares surgidas como consecuencia de la crisis económica tan fuerte que hemos sufrido, considerando como familia las relaciones establecidas entre parientes y no solo la constituida por padres e hijos.

Aparece en nuestros días con especial referencia a ella las denominadas familias monoparentales, es decir, las constituidas por uno solo de los progenitores y sus hijos. Este tipo de familia se ha generalizado de manera considerable y, tal vez, requiera una especial atención por el legislador en el futuro próximo.

Posiblemente el legislador tendrá que afrontar, en primer lugar, normativizar el concepto jurídico y tipos de familias, teniendo en cuenta que, cada vez es más frecuente, la convivencia entre los miembros de una unidad familiar y los hijos de parejas previas de los dos o de, al menos, de uno de los componentes de la nueva relación familiar.

Tampoco se puede ignorar que la estancia de los descendientes dentro de la unidad familiar es prolongada en el tiempo. Por razones de estudio, dificultad de acceso a un puesto de trabajo o a un trabajo digno en cuanto a su retribución, o, por otros motivos, los hijos permanecen hasta avanzada su edad biológica en el seno familiar, dependiendo, en gran medida, económicamente de los padres, e incluso de los abuelos.

La situación que padecen en nuestros días las familias con hijos con discapacidad o enfermedades raras exige la aprobación de un conjunto de medidas que, de forma clara e inequívoca, establezcan los recursos necesarios y suficientes para paliar su situación.

El Nuevo Pacto Social ha de atender a todas y cada una de estas situaciones familiares, tomándolas como una prioridad ineludible de su contenido, garantizando la protección de todas ellas, y constituyéndolas como núcleo de la solidaridad y cohesión social dentro de nuestra nación, prestando especial atención a las familias que atraviesan mayores dificultades.

## II. PROPUESTAS DE ESTUDIO EN EL AMBITO DE LAS RELACIONES LABORALES

La conciliación laboral y familiar, así como la corresponsabilidad entre los miembros de la unidad familiar tienen que estar presentes en el Pacto Social que venimos defendiendo y reclamando.

Ello implica, obligatoriamente, la adopción de medidas normativas que mejoren y faciliten conciliar la vida familiar y laboral de las personas y su unidad familiar.

Entendemos que se han de abordar los mecanismos oportunos, en aras a igualar los permisos de paternidad con los de maternidad. No podemos olvidar que los hijos son de ambos miembros de la pareja, de tal manera que los titulares de la unidad de producción, como sujetos obligados a fomentar el empleo, han de llegar a este convencimiento y asumir su compromiso social de evitar la discriminación, que en nuestros días, sufre la mujer como sujeto demandante de empleo

¿Cómo conseguir tales objetivos? Necesariamente se abordará la regulación futura sobre materia tales como la reducción de los tiempos de descanso y comida en el trabajo, con el objetivo de posibilitar la finalización de la jornada laboral en función de las necesidades de los trabajadores, articulando los medios, para que ésta materia entre dentro del contenido de la negociación colectiva en las unidades de producción, flexibilizando la jornada laboral.

La experiencia profesional en la empresa privada me ha demostrado que puede ser positivo para el trabajador, y con ello para la empresa, la regulación mediante ley o negociación colectiva, del derecho a acumular la reducción de la jornada acordada por los sujetos de la relación jurídica laboral, en periodos concretos del año, para que el trabajador pueda disponer de unos días disponibles para asuntos propios.

Sin entrar a analizar el emergente concepto de trabajador multifuncional, que demandan las nuevas unidades de producción, conforme a la actual revolución tecnológica de la sociedad en general y la socio-laboral en particular, se hace preciso regular las nuevas relaciones del denominado tele-trabajo, pues entendemos que ya lo está reclamando el sector laboral. Esto implica, entre otras medidas, facilitar el trabajo en sistemas de turnos que se adecuen a las demandas de horario requeridas por el trabajador.

Todo ello lleva la adopción de medidas transversales, de las que queremos hacer especial referencia a la necesidad de abordar el estudio y regulación de los horarios de apertura, fundamentalmente, de las escuelas infantiles y centros educativos, lo que conlleva la implicación en la materia de las Comunidades Autónomas, pues todas ellas tienen asumidas las competencias de Educación, y las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla, que siguen siendo territorio MEC.

### **III. CUESTIONES EN MATERIA DE VIOLENCIA O MALTRATO DENTRO DE LA UNIDAD FAMILIAR**

El principio rector en ésta área será establecer los mecanismos encaminados a prevenir y hostigar cualquier clase o aptitud de violencia, en la familia en si misma considerada, y la que se pueda dar entre ex miembros de la pareja. Posiblemente sea necesaria la aprobación de mecanismos de control en la ejecución y cumplimiento de las medidas adoptadas contra la violencia de género, fundadas en el Pacto Nacional contra la Violencia de Género.

Por su propia esencia, la regulación y negociación en materia de violencia de género, en especial, la generada dentro de la familia o entre ex miembros de la pareja, ha de ser transversal, pues los sistemas de prevención y sanción de aquella han de abordar temas de naturaleza judicial, mejorando los recursos para los juzgados de Violencia de Género; de naturaleza administrativa, actualizando los protocolos existentes, adaptándolos a las nuevas situaciones generadas; de naturaleza preventiva y formativa, regulando los mecanismos de prevención y formación tendentes a incrementar la sensibilización social en la materia, que entendemos implica avanzar en los sistemas que permitan a las víctimas pasar de los servicios del área de la salud a los establecidos en los programas de asistencia integral, mediante el fortalecimiento del conjunto de elementos disponibles a favor de las víctimas de violencia de género.

Debido a diferentes causas o razones, la violencia intrafamiliar, entendiéndolo por tal, tanto el ejercicio de una actuación de fuerza, como la dejadez de sus obligaciones humanas, ética o morales de uno de los miembros de la unidad familiar respecto a otro miembro de la misma, e incluso respecto al resto de sus componentes, requiere una atención por parte del legislador, orientada a

localizar tales actuaciones u omisiones violentas y prevenir las mismas, estableciendo los medios que subsanen los daños físicos o psíquicos derivados de tales actitudes, con especial atención a las situaciones de violencia padecidas por los menores y ancianos del contexto familiar.

Refiriéndonos a las personas mayores, las Administraciones Publicas y las Entidades del Tercer Sector, son las instituciones elementales y básicas en la programación y desarrollo de las medidas tendentes a garantizar sus derechos, establecer los mecanismos de control, conocimiento y preventivos de las situaciones de zaherimiento físico, psicológico, e incluso económico, del que puedan ser sujetos pasivos.

Aunque el concepto de Entidades del Tercer Sector esta aun en evolución doctrinal, conviene afirmar que se consideran como tales aquellas instituciones que no tienen naturaleza de publicas, pero, a su vez, no poseen animus lucrandi como las mercantiles, por lo que no reparten beneficios, y, de obtener tales, los reinvierten de nuevo al fin social que constituya su objeto fundacional.

Pero insuficiente se quedaría nuestra propuesta, si no reclamamos una atención universal para la protección de los menores en materia de violencia y abusos de toda naturaleza. Atención especial que ha de tutelar sus legítimos derechos e integridad física y psíquica.

No cabe duda de que la unidad familiar es cedula esencial para el desarrollo humano del menor, facilitando su formación equilibrada en todas las facetas de su vida. Pero lamentablemente circunstancias como las referenciadas en el párrafo anterior, inciden negativamente en el hábitat del menor, llegando a convertir, su permanencia en la unidad familiar, en un suplicio insostenible, con efectos perjudiciales para él.

La ley 21/1987, de 11 de noviembre, en materia de protección de menores, incorpora a nuestro código civil, los instrumentos necesarios, ¿suficientes?, para que la Administraciones Publicas, en especial las Comunidades Autónomas por tener competencias en la materia, puedan actuar, de manera eficiente, en la estructuración normativa de tales situaciones de riesgo y las soluciones a las mismas.

Entendemos que al articular las Administraciones, Central o Autonómicas, los procedimientos de solución a la situaciones sufridas por el menor, el primero de ellos ha de ser facilitar la previsión de actuaciones de apoyo a la unidad familiar, para superar el problema generado, sin tener que alejar al menor del entorno familiar, lo que conllevaría una disgregación del mismo.

Solo en aquellos supuestos en que esta medida de solución no fuese posible, bien por no alcanzar el objetivo marcado, bien por la dificultad o agravación de los hechos para el menor, se adoptarían otras tales como el distanciamiento del menor de su unidad biológica, con el fin de asegurar y proteger la seguridad, custodia y tutela del menor y sus derechos.

Posiblemente, en estos casos, la Administración en general deba de planificar, como medida complementaria o sustitutoria, los programas de admisión de estos menores, en modo residencial, en centros apropiados en los que faciliten y fomenten su progreso global en todas las facetas personales de ellos. Los aspectos de convivencia y de formación del menor han de ser las líneas maestras de estos centros, pues no en vano, deben ofrecer y garantizarle unos vínculos de afecto y cariño propios de un entorno familiar normalizado.

¿El acogimiento en centros de esta naturaleza puede ir acompañado de medidas complementarias o paralelas? Naturalmente, sería ineficaz, al menos parcialmente, este acogimiento, si, por el bien del menor, no va acompañado de una actuación paralela en el hábitat socio-familiar, implicando a propia unidad familiar. Los miembros de la familia son, o al menos deben ser, los sujetos obligados de atender las necesidades que requiera el menor, exteriorizándole todo soporte y amparo inexcusable para que este acogimiento, por esencia y contenido debería ser de naturaleza temporal, obtenga y consiga los objetivos marcados y facilite su reintegro a su ambiente familiar originario

Por consiguiente, este acogimiento en los mencionados centros ha de ser una actuación complementaria, que simplifique, facilite y allane el su vuelta a la unidad familiar, una vez superadas y subsanadas las circunstancias que motivaron su salida de la misma.

No olvidemos que las circunstancias que pueden originar estas mutaciones en el estado vital del menor son de diversa naturaleza y tipo. Estas pueden deberse a actuaciones de abandono, desidia y desinterés, maltrato coyuntural, lacerante y desolador del menor. Así como otras análogas.

La finalidad de las nuevas normas jurídicas que se realicen en esta área deben buscar el retorno a su familia biológica, sortear su internamiento en centros de protección de menores, en la mayoría de los casos ineficaces y negativos para ellos, (en la Ciudad Autónoma de Melilla tenemos un claro ejemplo de lo manifestado), en tanto se solventa y dirime su situación.

El acogimiento familiar de urgencia ha de ser normativizado jurídicamente, resaltando su definición como actuación preventiva de la Administración, que la regula a favor de los menores que requieren su actuación e intermediación de modo cercano y urgente, en aras a eludir y evitar su institucionalización prematura y fomentando que, los menores en estas situaciones, tengan y disfruten de una atmosfera familiar, durante el periodo imprescindible para que las instituciones elaboren y desarrollen una investigación y observación acerca de la coyuntura por la que atraviesan esos menores y formulen actuaciones tendentes a facilitar su reincorporación a su unidad familiar de origen, o establezcan los medios y procedimientos de tutela más favorables para ellos.

Todo ello, sin menos cabo de la necesaria atención inmediata, que requiera su estado transitorio en estado de desprotección

#### **IV. BREVES CONSIDERACIONES ACERCA DEL ACOGIMIENTO FAMILIAR LEGAL Y EL VOLUNTARIO**

Conforme a nuestro ordenamiento jurídico civil, el acogimiento familiar de menores puede constituirse de forma legal o voluntaria. Ambos actos constitutivos, generan relaciones jurídicas entre los sujetos intervinientes, establecen derechos y obligaciones entre ellos, pero los efectos jurídicos de las mismas son diferentes en ambos supuestos.

El denominado acogimiento familiar “legal” se estructura en base a varios sujetos, a saber, El menor acogido, las Administraciones Públicas competentes en la materia, la propia unidad familiar de origen de aquel, y familia diferente a la suya.

El menor en régimen de acogimiento familiar, su protección y tutela, es el elemento esencial sobre el que pivota esta relación jurídica.

Las Administraciones competentes determinan el nacimiento de este estatus jurídico del menor, son los sujetos obligados a salvaguardar y garantizar la tutela del mismo, estructurándola mediante la figura jurídica social del acogimiento familiar

La propia unidad familiar de origen del menor, que ha de coadyuvar a la evolución personal, familiar y social hacia su reingreso en la misma, si ello fuese la mejor solución para aquel.

Y por último, la unidad familiar diferente a su propia familia, que lo acoge temporal o definitivamente. Defendemos que se prime los medios que garanticen que este acogimiento sea de duración limitada, y solo excepcionalmente se lleve a cabo de forma ilimitada en el tiempo.

Su incorporación a esta unidad familiar sustituta ha de cumplir el objetivo esencial de actuar en su cometido jurídico, en aras a garantizar el interés y bienestar del menor que acoge. Las Administraciones Públicas han de ser las garantes de este cometido obligacional.

El acogimiento familiar “voluntario” se sustenta fundamentalmente, pero no de forma exclusiva, en un acuerdo entre la familia de origen y la sustituta, digo que no exclusivamente mediante acuerdo expreso interfamilias, pues también se puede constituir por decisión voluntaria de la familia de origen, pero como necesariamente requiere el consentimiento de la sustituta, estaríamos en estos casos en una relación contractual igualmente, es decir, ante un acuerdo tácito.

En este caso son tres los sujetos que participan en la relación. El menor, la familia de origen del mismo y la unidad familiar de acogida. Su fin, como no puede ser de otra manera, es de nuevo garantizar el interés y bienestar del menor.

Como he mantenido anteriormente, a diferencia de la legal, ésta se fundamenta en un acuerdo libre y voluntario entre las unidades familiares intervinientes, dado que el menor, como es lógico y natural, no tiene aun plena capacidad de obrar conforme a ley, pero de nuevo se constituye en sujeto esencial de las relaciones establecidas mediante pacto de hecho o de derecho.

Es connatural a esta figura, que el objeto del acuerdo interfamilias es la guarda y custodia del menor acogido, por lo que la unidad familiar de acogida asume tal responsabilidad de forma voluntaria, no ex lege.

¿Esta responsabilidad conlleva el deber de mantenimiento del menor por la familia de acogida? No necesariamente, pero si lo genera, es porque lo asume de forma voluntaria, impregnando el contenido material de la relación jurídica constituida, convirtiéndose en el elemento diferenciador con la denominada situación de acogimiento familiar legal.

Esto plantea varias cuestiones a tener en cuenta en la futura legislación. Por ejemplo, en base a la sentencia del TSJ del País Vasco (Sala de lo Social) de 15 de abril de 2014, rec. n° 530/2014, publicada por EDIBE, abril de 2015, en el caso de “denegación del subsidio de desempleo por no ser miembro de la unidad familiar el sobrino desplazado para estudiar en España”, podríamos afirmar que la situación del menor en estado jurídico de convivencia voluntaria, “no conlleva un deber legal de mantenimiento... Puede suponer que la unidad de acogida asuma sus gastos de manutención de forma voluntaria, pero no un deber legal, diferencia que permite negar la aplicación por analogía de la situación de acogimiento familiar a la de acogimiento voluntario...” (F.D.4ª).

La misma sentencia sigue afirmando que “No obsta a lo dicho el que los padres del menor hubieran otorgado una TUTELA DE PODER.....que no alcanza a convertir esta tutela de poder en un acogimiento familiar en el sentido exigido por la LGSS”, española se entiende.

¿Estamos de acuerdo con ésta posición jurisprudencial? Creo que la doctrina científica debería abordar en profundidad este debate, y el de materia análogas, como la que planteamos a continuación.

La sentencia del TS (Sala 4ª) de 20 de enero de 2015, rec. n° 2415/2013 (Por. IDIBE.abril 4, 2015), resuelve que: “El despido de una trabajadora que tenga reducción de jornada por guarda legal de menores no puede ser declarado improcedente, o bien será procedente o de lo contrario se predicará nulo ex art. 55.5 b) ET, aplicándose mutatis mutandi la misma doctrina que sentó el Tribunal Constitucional sobre las trabajadoras embarazadas. Reitera doctrina. Vid. STS 11 de octubre de 2012 (rec. 247/2011)”. Por.IDIBE.abril 4, 2015,

Esta sentencia, desde nuestro punto de vista, es muy interesante y ha de tomarse en consideración, pues ratifica y confirma la protección de la mujer en sus legítimos derechos de no discriminación en supuestos como el despido de una trabajadora embarazada, o en el caso de la mujer trabajadora que viene disfrutando de reducción de jornada por guarda legal de un menor en el momento de ser despedida, afirmando que “ambos casos: .....mutatis mutandi, son equiparables”, entiendo que en la protección y tutela judicial de su derecho constitucional de igualdad y no discriminación plena., dado que sigue exponiendo “La finalidad de la norma es proporcionar a la trabajadora embarazada [guarda legal, en el caso ahora tratado] una tutela más enérgica que la ordinaria frente a la discriminación, dispensándola de la carga de acreditar indicio alguno sobre la conculcación del derecho fundamental ...’ (STS 06/05/09 -rcud 2063/08”.

“La conclusión es clara: una trabajadora que se encuentre en alguna de las circunstancias contempladas en el art. 55.5,b) del ET, que son objeto de especial protección por muchas razones (entre ellas, la conciliación de la vida familiar y laboral) podrá ver extinguido su contrato de trabajo por justa causa debidamente acreditada y comunicada: por ejemplo, por finalización del contrato temporal, o por haber cometido una infracción grave y culpable, lo que dará lugar a un despido procedente. Pero si tal causa no existe o no se acredita -lo que, jurídicamente, es lo mismo- el despido no puede ser declarado, obviamente, procedente; pero tampoco puede ser declarado

improcedente sino que, necesariamente, debe ser declarado nulo, lo que, como es sabido, tiene un efecto tutelar superior al del despido improcedente.”

En definitiva, hemos pretendido, de un lado, exponer que la familia, institución básica de la sociedad española, la mujer, individual y colectivamente, los menores, sujetos necesitados de una tutela jurídica, social y jurisprudencial, le están exteriorizando a la sociedad cuales son sus legítimos derechos, cediéndolos al sistema, para que éste los asuma y regule en plenitud, cumpliendo, de esta forma, los principios generales de justicia, equidad y objetividad subjetiva y normativa.

De otro, que la familia, mujer y menor en situación de discriminación, ausencia o carencia en la regulación normativa de sus derechos, exigen en la actualidad un nuevo replanteamiento técnico jurídico que tanto la doctrina científica, los agentes sociales e institucionales de la nación, como las asociaciones y entes colectivos, de todo tipo, que los representan, han de acometer sin dilación alguna, para su pleno reconocimiento y regulación formal y material.





# CAPÍTULO XVII. LA PROTECCIÓN DE LA MUJER VÍCTIMA DE VIOLENCIA DE GÉNERO A TRAVÉS DE NUESTRO SISTEMA DE PROTECCIÓN SOCIAL. ALGUNAS REFLEXIONES CONCEPTUALES

FRANCISCO VIGO SERRALVO

*Profesor (PSI) de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de Málaga  
Abogado y Graduado Social*

## I. INTRODUCCIÓN

Podríamos afirmar, sin despertar ningún tipo de disenso, que nuestro sistema de protección social, concebido en sentido lato, ofrece mecanismos de tutela a las mujeres víctimas de violencia de género. Podríamos valorar éstos como suficientes, insuficientes o mediopensionistas, podríamos censurar o alabar la perfección de su articulación técnico-jurídica y podríamos debatir sobre la naturaleza jurídica de la protección brindada, pero en cualquiera de los casos convendremos en que, de un tiempo a esta parte, nuestro sistema de protección social ha experimentado una ampliación de su ámbito objetivo de actuación, acogiendo como situación tutelada la condición de víctima de la violencia de género. Esta novación normativa fue operada, primordialmente, por la *Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género* y ésta es lo suficientemente expresiva a la hora de definir como objetivo de primer orden la institucionalización de medidas de protección social destinadas a las víctimas de violencia de género.

En coherencia con el enfoque transversal que inundaba la precitada norma, la protección jurídica integral por ésta pretendido vino a articularse a través de disposiciones de diferente naturaleza jurídica y pertenecientes a distintos ámbitos normativos. Circunscribiéndonos a la rama social del Derecho, junto con las más salientes medidas de protección introducidas en nuestra normativa laboral, aparecieron otras que afectaban al campo de la Seguridad Social y la asistencia social. Medidas, por lo demás, de contenido diverso, algunas de naturaleza estrictamente prestacional -en el ámbito de la asistencia social- otras que incidirían en la relación de aseguramiento o cotización y otras que, sin instaurar prestaciones específicas, adquirirían operatividad dentro de la acción protectora de la seguridad remodelando los requisitos de acceso a determinadas prestaciones.

De los distintos interrogantes que pudiera suscitar este intrincado régimen jurídico -y que en buena medida ya han sido depurados por la doctrina judicial y científica- lo que a nosotros nos resulta más sugestivo -y hacia donde pretendemos enfocar este trabajo- son las cuestiones más abstractas, conceptuales u ontológicas de esta reforma normativa. Antes que una exegesis exhaustiva del régimen jurídico de la protección social de la víctima de violencia de género, lo que aquí pretendemos -con tintes quizás ensayísticos- es evaluar la trascendencia e implicaciones teóricas de la incorporación de este régimen tutelar al ámbito de nuestro Derecho social y describir la imbricación de la misma con las instituciones tradicionales definitorias de esta disciplina jurídica. Para ello, nos preguntaremos si la violencia de género puede ser concebida como un riesgo social;

si constituye una contingencia asegurada o potencialmente asegurable por nuestro sistema de protección social; abordaremos la trascendencia de las reformas operadas sobre algunas de las prestaciones tradicionales de nuestro sistema -especialmente la relativa a la protección por desempleo- y nos acercaremos a la protección dada a la violencia de género en el nivel asistencial de protección, preguntándonos si esta nueva tutela implica la asunción colectiva o socialización de la protección frente a la conducta criminal.

## II. LA INCLUSIÓN DE LA TUTELA DE LA VÍCTIMA DE VIOLENCIA DE GÉNERO COMO OBJETIVO DE NUESTRO SISTEMA DE PROTECCIÓN SOCIAL. ¿UN NUEVO RIESGO SOCIAL?

Quizás, el fenómeno que explica la atención normativa prestada a la violencia de género y la tutela de sus víctimas sea la reformulación conceptual de aquella, desde su consideración como situación perteneciente al estricto ámbito privado-familiar a su percepción como un problema de eminente origen social<sup>1</sup>. Las conductas de violencia de género, al margen de los componentes subjetivos que las concretizan y ejecutan, enraízan con caracteres estructurales de nuestro acervo social; con la atribución de roles arquetípicos y con formas tradicionales de entender la relación intergéneros que, si bien hogaño pierden solidez y suscitan una repulsa popular más o menos generalizada, no han sido aún del todo erradicados. Esta dimensión social de la violencia de género -en términos comparados, relativamente reciente- es la que demanda una respuesta social o pública para con la misma, es "una vertiente de la nueva cuestión social,"<sup>2</sup> y como tal, una vez que se ha puesto de manifiesto la insuficiencia de los mecanismos individuales de actuación frente a la misma, resulta inexcusable la actuación conjunta de los agentes sociales, públicos y privados, en su erradicación -como objetivo prioritario- o en la reparación de sus consecuencias -como objetivo subsidiario pero necesario- en tanto aquel no se satisfaga de manera íntegra-.

Si bien la protección normativa de la mujer víctima de violencia de género ha ido incluyéndose de forma gradual en nuestro ordenamiento<sup>3</sup>, será con la *Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género* (en lo que sigue LOMPIVG), cuando se confirme, con total determinación, la protección de las víctimas de violencia de género como objetivo legislativo de primer orden. Esta norma, deseada como pocas<sup>4</sup>, abre su exposición de

<sup>1</sup> Esta dimensión social del problema no es solo argumentada de manera extensa en la exposición de motivos de la Ley1/2004, sino que es una posición compartida en la comunidad internacional a la hora de definir la actuación contra la violencia de género como objetivo prioritario de los poderes públicos. En este sentido, en la Plataforma de Acción de la Cumbre sobre la Mujer celebrada en Pekín en septiembre de 1995, que asentaría buena parte de los principios rectores de la acción política contra la violencia contra las mujeres, nos dirá que esta "es un mecanismo social fundamental por el cual las mujeres están en una posición de subordinación respecto a los hombres" [...] "La violencia contra las mujeres es una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres, que han conducido a la dominación masculina, a la discriminación contra las mujeres por parte de los hombres y a impedir su pleno desarrollo".

<sup>2</sup> MONEREO PÉREZ, J.L. Y TRIGERO MARTÍNEZ L.A: *El Derecho Social del Trabajo y los derechos sociales ante la violencia de género en el ámbito laboral*. Anales de Derecho. Núm. 30, 2012, págs. 42-89

<sup>3</sup> Así, encontramos preceptos tutelares para con la violencia de género en la *Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de Medidas Concretas en Materia de Seguridad Ciudadana, Violencia Doméstica e Integración Social de los Extranjeros*; la *Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, o la Ley 27/2003, de 31 de julio, reguladora de la Orden de Protección de las Víctimas de la Violencia Doméstica*; además de las leyes aprobadas por diversas Comunidades, algunas de ellas, adelantándose al legislador nacional a la hora de positivizar un marco normativo de protección integral, como puede ser el caso de la Comunidad Autónoma de Canarias a través de la *Ley 16/2003, de 8 de abril, de Prevención y Protección Integral de las Mujeres contra la Violencia de Género*. Si bien, como se ha resaltado, "en el campo de lo social los precedentes pueden considerarse aislados y voluntaristas, muy alejados de la contemplación frontal y clara del problema que ahora se lleva a cabo". ARIAS DOMINGUEZ, A: *Protección Laboral y de Seguridad Social de la Violencia de Género*. Cáceres, Universidad de Extremadura, 2008. Pág. 31.

<sup>4</sup> "Por desgracia, se trataba de una ley largamente esperada, aunque sea para sentir vergüenza de la capacidad de maldad del ser humano. Ojalá que de esta ley ni hubiera que hablar, y no hubiera habido necesidad de aprobarla y después desarrollarla, aplicarla y controlarla". GARCÍA NINET, J.I. *Medidas en materia de Seguridad Social previstas en la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género (y III)*. *Tribuna social: Revista de seguridad social y laboral*, N° 171, 2005, págs. 5-8. Pág. 5.

motivos aludiendo a la dimensión social de la violencia de género,<sup>5</sup> proclamando, en consecuencia, el compromiso vinculante de los poderes públicos en su erradicación fundado en la propia naturaleza Social de nuestro modelo de Estado y en el compromiso para con la igualdad efectiva entre mujeres y hombres por éste asumido (art. 9.2 y 14 de nuestra Carta Magna). Será esta dimensión social, tardíamente atribuida, la que justificará que una problemática cuya datación se ubica en el origen de los tiempos, encuentre ahora una respuesta decidida de los poderes públicos y más concretamente del poder legislativo.

Sin detenernos aquí en el amplio alcance de la protección instaurada por la LOMPIVG -al menos en comparación con la orfandad regulatoria anterior- baste aquí reseñar que la misma vendría a definir la tutela de la mujer víctima de violencia de género como un objetivo primordial del conjunto del ordenamiento jurídico, cuya satisfacción requeriría la reforma -en mayor o menor grado- de los distintos sectores del mismo para incluir en su seno medidas tuitivas que, aunque sistemáticamente dispersas, obedecen al objetivo común de procurar la protección integral de la víctima. Entre los distintos sectores afectados por esta reorientación de nuestra política legislativa, encontramos al que aquí nos ocupa y que es el sistema de protección social. Sin margen a la duda, vigente dicho texto normativo, el sistema de protección social estará llamado a contribuir a la pretendida protección integral, acogiendo distintas disposiciones, que, aunque de muy dispar contenido, revisten un mismo carácter tuitivo para con la víctima. Cabe advertir que, cuando estamos refiriéndonos al sistema de protección social, lo estamos haciendo desde una concepción amplia de éste, incluyendo por tanto los dos subsistemas que lo componen, el de Seguridad Social y el de asistencia social, pues -como tendremos ocasión de detallar- la tutela de las mujeres víctimas de la violencia de género impregnará ambos subsistemas y, los postulados propios de cada uno de ellos implicará que, en uno y otro caso, la materia se aborde de forma divergente. Así, aunque sin rigurosidad en los términos empleados, podemos ubicar las medidas de protección social protectoras de la víctima de violencia de género en los Capítulos II y IV de la LOMPIVG, intitulados, respectivamente *Derechos laborales y prestaciones de la Seguridad Social*, y *Derechos económicos*. Mientras que en el primero de estos capítulos encontraremos -entremezcladas con tutelas propias del derecho laboral- medidas tuitivas pertenecientes al ámbito de la seguridad social, en el segundo de ellos encontraremos prestaciones de contenido económico que serían se ubicarían en los dominios de la asistencia social.

Sin perjuicio de que en el siguiente apartado procedamos a hacer una descripción más detallada del contenido de estos bloques normativos, lo que en este primer apartado pretendemos resaltar es que, con independencia del mayor o menor calado de la reforma operada, la protección de la víctima de violencia de género recibirá una tutela específica por parte de nuestro sistema de protección social. Esta obviedad, que puede parecer banal, encierra una evidencia no escasamente sugestiva, tal y como es la ampliación del ámbito material de actuación del sistema, ampliación que ocurre para tutelar una coyuntura en cierta medida alejada de los estándares clásicos del riesgo social acogidos por nuestra normativa. Concretamente, ahora acoge una suerte de mecanismos tuitivos que se accionan, de manera necesaria, frente a la perpetración de un hecho delictivo, el cual, no necesariamente debe tener consecuencias en la capacidad física o psíquica de la víctima para el trabajo. De esta forma, al margen de responsabilizar civil y penalmente al sujeto activo de la conducta criminal mediante el recurso al *ius puniendi* estatal, la sociedad, en su conjunto, asume su responsabilidad en la protección de la víctima sometida a esta conducta delictiva.

El hecho de que esta asunción de responsabilidad por la colectividad de la protección asistencial de la víctima no esté presente en el resto de conductas tipificadas en nuestro Código Penal<sup>6</sup> podría explicarse, como se ha dicho, acudiendo a la dimensión social de la violencia de

<sup>5</sup> Se lee en la misma que, en nuestros días, “no es un problema que afecte al ámbito privado. Al contrario, se manifiesta como el símbolo más brutal de la desigualdad existente en nuestra sociedad”.

<sup>6</sup> Si bien se han previsto ayudas asistenciales para otros tipos de delitos en la *Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual*, estas ayudas tienen una naturaleza particular, supeditado a la no abono de la indemnización por parte del declarado culpable.

género atribuida por el propio legislador. Sin embargo, la concepción de la violencia de género como riesgo social, en el sentido técnico- jurídico de éste, no es una cuestión pacífica. Valga citar como muestra de ello a los profesores Monereo Pérez y Rodríguez Iniesta, que descartarán el encaje de la violencia de género en el sentido tradicional del riesgo social atendiendo a las dos notas definitorias de éste:

“a) Su generalidad y que por tanto puede afectar a cualquier persona, presenta un problema, y es que solo afecta a las mujeres y siempre que la violencia proceda de un hombre.

b) El convencimiento de que debe organizarse una respuesta colectiva frente a él. Lo que obviamente se presenta en este caso, pero la respuesta más conveniente es como muy bien señala la propia LO 1/2004 ... *se enfoca por la Ley de un modo integral y multidisciplinar, empezando por el proceso de socialización y educación.*”<sup>7</sup>

A nuestro parecer, aún admitiendo que la violencia de género se aleja sobremanera de los postulados arquetípicos de los riesgos sociales tradicionalmente tutelados por nuestro Sistema, no existiría óbice para su concepción como tal, con independencia de los juicios de oportunidad que nos merezca tal opción.

En cuanto a la nota de generalidad, no la entendemos suprimida por cubrir una situación de necesidad atribuida a un único género. Véase que nuestro ordenamiento ya prevé contingencias inherentes a un determinado sexo –maternidad y paternidad, en caso de alumbramiento biológico, riesgo durante el embarazo o durante lactancia- y aunque se podría decir que esa diferencia de trato obedece a las atribuciones biológicas consustanciales a cada sexo, no es menos cierto que también se han previsto, al menos históricamente, prestaciones para la mujer con base en circunstancias sociales, así y como botón de muestra, ocurrió con la pensión de viudedad hasta la reforma operada por la *Ley 26/1990, de 20 de diciembre, por la que se establecen en la Seguridad Social prestaciones no contributiva*<sup>8</sup> o con la pensión a favor de familiares, cuyo reconocimiento en favor de las “viudas casadas cuyo marido esté incapacitado para el trabajo, o solteras” aún pervive en la literalidad de la *Orden de 13 de febrero de 1967 por la que se establece normas para la aplicación y desarrollo de las prestaciones de muerte y supervivencia del Régimen General de la Seguridad Social; art. 22.2 a)*. Así y en suma, entendemos que definir como riesgo social determinadas contingencias que solo pueden alcanzar a uno de los géneros, sea por condicionantes biológicos o – como es el caso- sociales, no constituiría una quiebra profunda los principios que tradicionalmente han regido nuestro ordenamiento.

Cuestión distinta, más procelosa y de naturaleza metajurídica, sería la de dilucidar si efectivamente nos encontramos ante un riesgo que afecta solo al género femenino, si sería concebible, desde la teoría del riesgo social, institucionalizar una tutela a la mujer víctima de violencia de género al mismo tiempo que se le deniega la protección al varón o mujer, en caso de parejas del mismo sexo, víctimas de delitos perpetrados por sus cónyuges o parejas afectivas. En este sentido –y soslayando aquí entrar en el fondo de la cuestión- diremos que el legislador ha querido configurar la violencia de género como un fenómeno autónomo, condicionado por unos factores sociales determinados que no actúan en la violencia hacia el hombre o entre iguales, y es – al menos de momento- éste fenómeno diferenciado el que ha querido proteger a nivel prestacional. Que en el ideal de cobertura de nuestro sistema entrarían también la protección los hombres sometidos a violencia domestica es evidente, como también lo es que el desarrollo pleno de este ideal de cobertura es utópico y que, ante la limitación presupuestaria de cada momento, es el legislador el que decide cual de las situaciones de necesidad tutelables adquieren una protección efectiva. En el momento en el que en el conjunto del ordenamiento se ha configurado la violencia de género como unidireccional -con la censuras que se le puedan hacer a tal concepción<sup>9</sup>- la

<sup>7</sup> MONEREO PÉREZ, J.L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G. *Género y Seguridad Social (I). La Seguridad Social ante las víctimas de Violencia de Género*. *Revista de Derecho de la Seguridad Social*. Edit. Laborum, nº 11 de 2017. Pp. 13 -22. Pág. 20.

<sup>8</sup> Acicateada, sin duda por la STC número 301/1982 de 22 de mayo.

<sup>9</sup> Mostrando su discrepancia con la concentración de las medidas de protección sobre el género femenino, podemos encontrar el *Informe al Anteproyecto de Ley Orgánica integral de medidas contra la violencia ejercida sobre la mujer* elaborado por el Consejo General del poder Judicial en el año 2004, en el que se lee: “Tradicionalmente la relación sujeto dominante-

(...)

protección de esta concreta situación de necesidad, implicará, de suyo, que solo sea éste género el eventualmente beneficiario de las medidas de protección articuladas para su protección.

En este mismo sentido, invocando el ideal de cobertura, podemos resolver si existe un convencimiento colectivo sobre la necesidad de socializar prestacionalmente la protección de las víctimas de violencia de género. Aún siendo cierto que a la hora de hacer frente a la violencia de género existe una preferencia clara por las medidas preventivas de corte educativo o socializador, estimamos que en el ideal de cobertura de nuestra sociedad también incluye tutelas de contenido económico para aquellas víctimas que pudieran verse carentes de sustento económico alguno por el hecho de desligarse del ámbito domestico del agresor o por verse obligadas a suspender o extinguir su vínculo contractual para alejarse geográficamente de aquel. Nuevamente aquí podría argumentarse que existen en nuestro ideal de cobertura necesidades que exigen una protección más imperiosa o que la situación de necesidad que atraviesan las víctimas de violencia de género es, en términos objetivos, plenamente equiparable a las que atraviesan las víctimas de otros delitos. Reincidimos aquí, siendo inalcanzable la satisfacción plena de nuestro ideal de cobertura, la preferencia por tutelar una u otra contingencia en función de la disponibilidad de recursos, es una decisión que se ciñe al ámbito de lo político, y es en éste y a través de los cauces que nuestro sistema democrático oferta, donde la ciudadanía puede mostrar su acuerdo o desacuerdo con la orientación legislativa de nuestro sistema de protección social.

### III. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA PROTECCIÓN SOCIAL DE LAS VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO

Admitiendo que no es el fin pretendido en nuestro trabajo el de describir el régimen jurídico de la protección social de las víctimas de la violencia de género<sup>10</sup>, se nos antoja necesario, para alcanzar una estructura argumentativa mínimamente ordenada, esbozar una sumaria enumeración de las distintas disposiciones normativas que integrarían la tutela de la víctima de violencia de género proporcionada por el sistema de protección social. Como ya se ha advertido, estas operarían en dos subsistemas regidos por lógicas o técnicas de cobertura diferenciadas, el de asistencia social y el de Seguridad Social, y se presentarán en la norma sistemáticamente separadas.

Así, en lo que concierne a las medidas protectoras pertenecientes al ámbito de la Seguridad Social, estas se ubican en el Capítulo II de la norma, más concretamente las encontramos en los apartados 2, 3, 4 y 5 del art. 21 de la LOMPIVG, así como en las previsiones de su Disposición Adicional Primera. La traslación de estas disposiciones a la normativa de la Seguridad Social se realiza en los arts.165.5; 207; 220; 231; 267.1.2ª; 329.1 b); 331.1d) en el actual *Real Decreto Legislativo 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social* (en lo que sigue LGSS).

---

subordinado es contemplada por el Derecho Penal en varias ocasiones, pues la realización del comportamiento ilícito abusando de la superioridad expresa una mayor reprochabilidad de la conducta. Pero esa relación de dominación no es equivalente al binomio hombre/mujer. Por esto la norma puede reaccionar frente a situaciones de dominación, pero debe ser neutra en cuanto al sexo del sujeto dominante. La legislación vigente había superado la concepción de la violencia exclusivamente como violencia llamada “de género”, sobre la base de que la realidad criminológica ponía de manifiesto varios tipos de violencia doméstica. Conviene distinguir a grandes rasgos claramente tres tipos de violencia doméstica en función del sujeto que la padece: La violencia “de género”; La violencia sobre ancianos; La violencia sobre menores; y cabe añadir marginalmente la violencia de menores contra ascendientes y la violencia entre hermanos”. Accesible en <http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/Informe-al-Anteproyecto-de-Ley-Organica-integral-de-medidas-contrala-violencia-ejercida-sobre-la-mujer> (último acceso el 26 de junio de 2018)

<sup>10</sup> Sobre lo cual, existe ya una vasta literatura doctrinal de la que se puede resaltar, por ser la aquí empleada, la de ARIAS DOMÍNGUEZ A. *Protección Laboral y de Seguridad Social...Op.cit.* MATEU CARRUANA M. J. *Medidas Laborales de Protección Social y de Fomento del Empleo para las Víctimas de Violencia de Género*. Madrid, Dykinson, 2007; VV.AA: *La perspectiva laboral de la protección integral de las mujeres víctimas de violencia de género*. QUESADA SEGURA, R. (Dir.) y PERÁN QUESADA,S. (Coord.).Granada, Ed. Comares, 2009; y VV.AA. *Trabajo y familia en la jurisdicción social. Conciliación de la vida familiar y laboral y protección contra la violencia de género*. CONDE-PUMPIDO TOURÓN, M. T. Madrid, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2009.

De los distintos derechos contemplados, y siguiendo aquí la taxonomía planteada por los profesores Monereo Pérez y Rodríguez Iniesta<sup>11</sup>, cabría distinguir entre aquellos derechos relacionados con la cotización, y aquellos otros relacionados con el acceso a determinadas prestaciones, es decir, entre los que inciden en la carrera de seguro de la víctima y los que adquieren operatividad en la propia acción protectora del sistema.

Entre las primeras se encuentran: a) la consideración como tiempo efectivamente cotizado, para el acceso a determinadas prestaciones, de aquel coincidente con la suspensión del contrato de trabajo instada por la trabajadora por cuenta ajena al amparo del art. 45.1 n) ET. (art. 165 LGSS y Dip.Ad. Única del RD 1335/2005); b) la suspensión de la obligación de cotizar, durante un período de seis meses, que se prevé para las trabajadoras por cuenta propia que cesen en su actividad por motivos relacionados con su condición de víctima de violencia de género (arts. 21.5 LO 1/2004 y 329.1 b LGSS); y c) la posibilidad de suscribir un convenio especial con la Seguridad Social durante las reducciones de jornadas instadas al amparo del art. 37.7 ET (O.TAS/2865/2003, de 13 octubre).

Por su parte, entre tutelas tendentes a propiciar o facilitar el acceso a determinadas prestaciones, encontramos: a) La consideración como situación asimilada al alta prevista para el acceso a las prestaciones de maternidad y paternidad del periodo considerado como de cotización efectiva de las trabajadoras víctimas de violencia de género (art. 4. 6ª del RD 295/2009, de 6 de marzo); b) la consideración de la extinción contractual instada al amparo del art. 49.1.m ET como cese involuntario a los efectos del acceso anticipado a la pensión de jubilación (art. 207.1 d) LGSS); c) la supresión del requisito general de ser acreedora de pensión compensatoria para el acceso a la prestación de viudedad en casos de ruptura del vínculo matrimonial (art. 220.1 LGSS); y, por último y a lo que dedicaremos mayor interés, d) la consideración como situación legal del desempleo, habilitante de la prestación contributiva por desempleo o como cese de actividad protegido -en el caso de las trabajadoras por cuenta propia- de las extinciones o suspensiones del contrato de trabajo instadas por la trabajadora o de cese en el ejercicio de su actividad, de manera temporal o definitiva, que obedezca a la necesidad de hacer efectivo su derecho a una protección integral (arts. 267, 331, 332 y 334 LGSS).

De añadidura, y aunque no constituya un derecho subjetivo de la víctima en sentido estricto, cabría referir en este apartado -por su incidencia en orden a las prestaciones- la previsión contenida en la Disp. Ad. 1ª de la LOMPIVG que vetaba el acceso a la pensión de viudedad a quien hubiera sido condenado mediante sentencia firme por la comisión de un delito doloso de homicidio o lesiones en cualesquiera de sus formas, cuando el sujeto pasivo de la conducta penal fuese la causante de la prestación salvo que hubiere mediado reconciliación<sup>12</sup>. En estos casos, los indirectamente beneficiados son los huérfanos con derecho a pensión de orfandad, al preverse además el incremento proporcional de la prestación con el porcentaje correspondiente a la pensión de viudedad de la que se priva al agresor.

Pasando ya al ámbito de la asistencia social, la LOMPIVG vino a introducir en su art. 27 una prestación específica, positivada *ad hoc*, para las víctimas de violencia de género consistente en una ayuda de pago único, financiada con cargo a los Presupuestos Generales del Estado, equivalente a seis meses de subsidio por desempleo, de doce mensualidades cuando la víctima tuviera reconocida oficialmente una minusvalía en grado igual o superior al 33 por 100, ampliable a dieciocho ó veinticuatro mensualidades cuando además concorra la existencia de cargas familiares. Para el acceso a la misma se exigirá, junto a la acreditación de la condición de víctima violencia de género, la carencia de rentas superiores al 75 por 100 del salario mínimo interprofesional, excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias y la presunción de que, debido a su edad, falta

<sup>11</sup> MONEREO PÉREZ, J.L. y RÓDRIGUEZ INIESTA, G. *Género y Seguridad Social (I)*...*Op.cit.*

<sup>12</sup> Previsión que podría tacharse de adanista en la medida que su finalidad ya era contemplada por el art. 11 e) de la *Orden de 13 de febrero de 1967 por la que se establece normas para la aplicación y desarrollo de las prestaciones de muerte y supervivencia del Régimen General de la Seguridad Social*, en la redacción dada por el *Real Decreto 1465/2001, de 27 de diciembre, de modificación parcial del régimen jurídico de las prestaciones de muerte y supervivencia*.

de preparación general o especializada y circunstancias sociales, la víctima tendrá especiales dificultades para obtener un empleo. Será el desarrollo reglamentario de la ley contenido en el *Real Decreto 1452/2005, de 2 de diciembre, por el que se regula la ayuda económica establecida en el artículo 27 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género*, el que concrete las circunstancias reveladoras de este déficit en la empleabilidad.

También de naturaleza asistencial-prestacional –aunque *tertium genus* entre la asistencia y la Seguridad Social- será la medida que establece la posibilidad prevista para las víctimas de la violencia machista de acceder a la Renta activa de Inserción (art. 2.1. c del RD 1369/2006), lo que implica, por la propia teleología de la norma, su consideración como colectivo con especiales dificultades de inserción laboral o con especiales dificultades económicas<sup>13</sup>.

Dentro de esta asistencia social debe referirse además otras ayudas complementarias, de naturaleza no directamente prestacional, tal y como son la preferencia otorgada al colectivo de víctimas de violencia contra la mujer en el acceso a la vivienda protegidas y residencias públicas para mayores que se contempla en el art. 28 LOMPIVG o las medidas de atención social que se contemplan en el art. 19.1 de este mismo cuerpo legal y que comprenden, entre otras, la atención psicológica de la víctima y su asesoramiento sobre los mecanismos legales de protección a su alcance.

Por último y para cerrar este epígrafe, cabe referir la existencia de normas de fomento a la contratación -parcela normativa limítrofe al derecho de la Seguridad Social -que tienden, por diversas vías, a fomentar la participación de la mujer víctima de violencia de género en el mercado de laboral.<sup>14</sup> Medidas las cuales, en tanto en cuanto entendemos que en sentido estricto no forman parte de nuestro sistema de protección social, quedarán al margen de nuestro análisis.

#### **IV. REFLEXIONES CONCEPTUALES SOBRE EL TRATAMIENTO DE LA PROTECCIÓN DE LA VÍCTIMA DE VIOLENCIA DE GÉNERO EN NUESTRO SISTEMA DE PROTECCIÓN SOCIAL**

Cumplido este trámite, la descripción sucinta de las disposiciones que componen la parcela del ordenamiento jurídico que analizamos, nos toca ahora abordar el fin anunciado de nuestro trabajo, tal y como es el de esbozar algunas reflexiones de carácter teórico o conceptual sobre el conjunto de ese entramado normativo. Advertiremos que las conclusiones que aquí se esbozan se presentan sin pretensión de exhaustividad, en la medida que, sin duda, la materia tratada pudiera sugerir otras muchas a las que aquí no se aludirá. El criterio de selección ha sido eminentemente subjetivo, refiriéndonos a las derivadas teóricas de este enfoque de política legislativa que nos han parecido más sugestivas, tratando, en todo caso, de reseñar las circunstancias que han justificado este mayor interés.

<sup>13</sup> Lo cierto y verdad es que, la ampliación del ámbito subjetivo del RAI para acoger a las mujeres víctimas de violencia de género, sin ampliar simultáneamente su objetivo, que queda definido en el art.1.1 del *Real Decreto 1369/2006, de 24 de noviembre, por el que se regula el programa de renta activa de inserción para desempleados con especiales necesidades económicas y dificultad para encontrar empleo* como procurar protección de “los desempleados con especiales necesidades económicas y dificultad para encontrar empleo”; se nos antoja desacertado porque implicaría reconocer a la mujer víctima de violencia de género como un colectivo con déficit de empleabilidad, lo cual estimamos como una presunción infundada, o definirlo como un colectivo con especiales dificultades económicas, cuando sus circunstancias de carencia de rentas, objetivamente determinadas, no tiene por qué ser de mayor agravio que la que pueden ostentar otros sujetos excluidos del ámbito de aplicación del R.A.I.

<sup>14</sup> Nos estamos refiriendo aquí al programa específico de empleo previsto para promocionar la inserción sociolaboral de la mujer víctima de violencia de género (RD 1917/2008); las bonificaciones en la cotización para los contratos de interinidad destinados a sustituir a trabajadoras víctimas de violencia de género, contratos indefinidos para de víctimas de violencia de género (Ley 43/2006), conversión de contratos para la formación y el aprendizaje de víctimas de violencia de género que se transformen en indefinidos (Ley 3/2012); conversión de contratos temporales en indefinidos que se celebren con víctimas de violencia de género (Ley 3/2012) y contratos temporales que se celebren con víctimas de violencia de género (Ley 42/2006).

## 1. LA EXCLUSIÓN DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO DEL CATALOGO DE CONTINGENCIAS PROTEGIDAS POR LA SEGURIDAD SOCIAL

Refirámonos en primer lugar a la protección dispensada por el sistema de Seguridad Social y los aspectos técnicos de ésta. En la normativa de Seguridad Social encontraremos, ya se ha dicho, referencias expresas a la violencia de género, las cuales dotan a sus víctimas de diversos mecanismos protectores de distinta naturaleza. Estos mecanismos no llegan sin embargo a adquirir una autonomía diferenciada dentro del Sistema, es decir, en el ámbito de la Seguridad Social no se ha introducido una prestación específica para la protección de las mujeres sometidas a dicha violencia, sino que se ha optado por introducir disposiciones tutelares en el ámbito de otras prestaciones -como la de desempleo o viudedad- o en ámbito de la relación de aseguramiento - como la cotización simulada durante los periodos de suspensión contractual- tendentes, en última instancia, a promocionar el acceso de la víctima a las tutelas laborales previstas en el Estatuto de los Trabajadores, sin que el recurso a las mismas -reducción de jornada, suspensión o extinción contractual- implique agravio alguno en su carrera de aseguramiento.

Estas disposiciones, ciertamente ofrecen un trato singular a la mujer víctima de violencia de género, haciéndola merecedora de una mejor tutela y facilitando su acceso al nivel prestacional de protección. Sin embargo, la violencia de género como tal, aisladamente considerada, no es una contingencia que determinante el nacimiento de ninguna prestación de Seguridad Social. Y es que, como es sabido, nuestro sistema de Seguridad Social obedece al criterio de tipificación de las contingencias tuteladas, un catálogo cerrado -hoy contemplado en el art. 42 LGSS- donde cada una de las contingencias recogidas aparece anudada a una prestación concreta. Así, desde esta perspectiva y a través de una rudimentaria exégesis normativa, podemos descartar de plano que la violencia de género sea una contingencia asegurada a la que se le haya querido atribuir una técnica de cobertura específica.

Esta primera conclusión, ya reseñada por nuestra doctrina<sup>15</sup>, no debería invocarse sin embargo para poner en duda la determinación legislativa para con la protección de la violencia contra la mujer. Ello por dos razones, en primer lugar porque sí que encontramos una tutela de la misma en nuestra normativa de Seguridad Social, articulada, sí, a través de prestaciones ya preestablecidas, pero no por ello de manera necesariamente ineficaz; de otro lado, porque sí que encontramos la categorización de la violencia de género como riesgo específicamente protegido en el ámbito de la asistencia social. De manera débil, si se quiere, pero suficiente para afirmar que en dicho sector del ordenamiento la violencia de género, como tal, es protegida.

## 2. SU ENCAJE CONCEPTUAL COMO CONTINGENCIA ESPECÍFICAMENTE TUTELADA POR LA SEGURIDAD SOCIAL

Más discutible y dicitado es la posibilidad de que, *de lege ferenda*, la violencia de género pudiese constituirse como una contingencia específica tutelada por nuestro sistema de Seguridad Social. Así mientras voces doctrinales mantienen la conveniencia de definir la violencia de género como una contingencia más de las tuteladas por el ordenamiento<sup>16</sup>, otras posiciones resaltan la transgresión técnico-jurídica que tal opción legislativa plantearía<sup>17</sup>. Desde aquí entendemos que su inclusión como contingencia autónoma y su asociación a una prestación específica de Seguridad Social, aún

<sup>15</sup> Así, se ha dicho: [...] "sin perjuicio de las importantes mejoras introducidas por la LO 1/2004 en relación a la situación anterior, sin embargo no se ha llegado a identificar «la violencia de género» en el art. 38 LGSS, ni como un riesgo diferenciado cuya actualización dará lugar a una o varias de las contingencias protegidas por el Sistema de Seguridad Social, ni como una situación o contingencia particular protegida por el Sistema" FERNÁNDEZ URRUTIA, A: *Avances, reflexiones y nuevas propuestas en torno a la protección social frente a la violencia de género: acreditación, intervención en el ámbito sanitario y salvaguarda de la actividad laboral. Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*. Número extraordinario. 2009. *Igualdad de Oportunidades para todos*. Pp. 137-183.. Pág. 179. En igual sentido, MONEREO PÉREZ, J.L. Y RÓDRIGUEZ INIESTA, G. *Género y Seguridad Social... Op.cit.*

<sup>16</sup> FERNÁNDEZ URRUTIA, A: *Avances, reflexiones y nuevas propuestas... Op.cit.*

<sup>17</sup> *Ibid.*



entrañando dificultades de acomodo, resultaría conceptualmente posible. En este sentido, si analizamos las notas definitorias de los riesgos tutelables por el ordenamiento de Seguridad Social, individualidad, personalidad y naturaleza económica<sup>18</sup>, estos podrían resultar predicables de la situación a la que se ve sometida una mujer víctima de violencia de género. A saber:

a) Sería un riesgo individual en la medida que afecta a la mujer considerada en su singularidad. Aunque hayamos afirmado aquí el marcado sustrato social de la violencia de género, la protección prestacional que pueda asociarse a la misma buscaría la protección de la víctima, en su dimensión física y moral, como sujeto aisladamente considerado. No se trata mediante este nivel de actuación –el de la protección social- el incidir sobre el conjunto del problema, no se pretende por esta vía erradicar, mediante medidas de eficacia general, la violencia de género de la sociedad sino que lo que se trata de alcanzar la cobertura de la situación de necesidad que atraviesa la víctima.

b) Sería un riesgo personal en la medida que, aunque pueda tener trascendencia patrimonial, ésta solo se toma en consideración indirectamente. Lo verdaderamente tutelado sería la incidencia de la violencia de género sobre la persona o sobre sus posibilidades de actuación. “Si se trasladara a este terreno la división entre seguro de cosas y de personas, se calificaría la seguridad social como un seguro de personas”,<sup>19</sup> y lo que se trataría de tutelar en esta ocasión será la propia personal.

c) Más dudas podría suscitar la naturaleza economía de esta hipotética contingencia. Véase que el sometimiento a condiciones de violencia de género, no implican, de suyo, consecuencias lucrosas para la víctima o el surgimiento de gastos extraordinarios. Habrá ocasiones en las que la búsqueda de su protección integral recomiende separarla de su entorno de trabajo y, en ocasiones, extinguir o suspender el vínculo contractual. Pero habrá otras en las que la solución idónea pudiera ser la contraria<sup>20</sup>. No obstante ello no es óbice para descartar que la violencia de género pueda concebirse como riesgo asegurable por el sistema de Seguridad Social. En este sentido podría exigirse como requisito de acceso a la eventual prestación, la reducción, suspensión o extinción del contrato de trabajo, tal y como ocurre -haciendo aquí un rudo símil- con las prestaciones maternidad y paternidad, en las que, aún siendo la contingencia protegida la propia maternidad o paternidad, el nacimiento de la prestación aparece vinculado a la suspensión del contrato de trabajo o la reducción de la jornada laboral. De esta forma -y no estamos concretizando una propuesta *de lege ferenda*, sino meras reflexiones a vuela pluma- la fórmula de protección que se atribuiría a la violencia de género sería similar a la que ya ostenta a través de la protección por desempleo, *id est*, la obtención de rentas sustitutorias del trabajo que cesa o disminuye, con la particularidad de que esta vez se habría constituido una contingencia independiente, con unos requisitos de accesos específicos que podrían amoldarse de mejor forma a las particularidades de la situación de necesidad tutelada y que no tendrían incidencia en la duración una ulterior prestación por desempleo.

Cierto es, como comentábamos al principio de este pliego, que reconociendo como contingencia de la Seguridad Social a la violencia de género estaríamos introduciendo la aseguración de un riesgo que se aleja de los postulados doctrinales que han definido las contingencias tuteladas por nuestro sistema. Una contingencia que no atendería a las limitaciones psico-físicas para el trabajo externamente objetivables ni a circunstancias económicas inherentes a la dinámica del mercado de trabajo como es el paro involuntario. Lo que se protegería en esta ocasión sería el sometimiento a un tipo delictivo independientemente de las secuelas psico-físicas que éste ocasiona, y ello, en detrimento de otras conductas delictivas que, aún generando

<sup>18</sup> ALONSO OLEA, M.Y TORTUERO PLAZA, J.L. *Instituciones de Seguridad Social*. 17ª edición. Madrid, Civitas, edición., 2000. Pág. 20.

<sup>19</sup> *Ibid.*

<sup>20</sup> “El estudio de las medidas de fomento del empleo destinadas a las mujeres víctimas de violencia de género se justifica en la importancia que supone el acceso de este colectivo al mercado laboral, no sólo para su subsistencia personal, sino para su supervivencia, puesto que la independencia económica, el papel socializador y la mejora de la autoestima que conlleva el desempeño de un puesto de trabajo, son esenciales para comenzar una nueva vida”. Salas Porras, M. *Las políticas públicas de creación de empleo para las mujeres víctimas de violencia de género*. Pág. 301. En AAVV. *La perspectiva laboral de la protección integral de las mujeres víctimas de violencia de género*. Comares. Granada, 2000. Págs. 301-328.

situaciones de necesidad equiparables, carecerían de reconocimiento prestacional por parte de la Seguridad Social. Sin embargo esta opción no se nos antoja, en el estado de cosas actual, necesariamente rupturista con el contenido de nuestro sistema. Así, podríamos ofrecer como ejemplo las prestaciones de Seguridad Social<sup>21</sup> previstas en *Real Decreto 851/1992, de 10 de julio, por el que se regulan determinadas pensiones extraordinarias causadas por actos de terrorismo* o en el *Real Decreto-ley 6/2006, de 23 de junio, sobre pensiones excepcionales derivadas de atentados terroristas, prestaciones que quedan dentro del ámbito de la Seguridad Social*. En estas disposiciones se articula un régimen prestacional específico, con requisitos y contenido distinto de las prestaciones ordinarias, cuyo acceso no se hace depender de la existencia de una situación de necesidad cualificada sino del tipo delictivo que haya ocasionado la contingencia.

Así y en suma, lo que queremos hacer ver es que no cabría invocar ningún carácter ontológico configurador de nuestro sistema de Seguridad Social para vetar la inclusión de la violencia de género como situación de necesidad especialmente protegida. Acogerla o descartarla pasaría así por criterios de oportunidad que, desde el plano subjetivo, cada cual valorará. Siendo el catálogo de situaciones protegidas por nuestro sistema de Seguridad Social de libre configuración, de eminente carácter coyuntural, determinado por la voluntad política y disponibilidad presupuestaria del momento muy pocas serían las casuísticas vetadas a la protección de nuestro sistema.

### 3. LAS IMPLICACIONES DE SU PROTECCIÓN A TRAVÉS DE LA PRESTACIÓN POR DESEMPLEO

En cualquier caso, toca ahora dejar de elucubrar sobre las posibilidades regulativas con las que cuenta el legislador, para pronunciarnos sobre la forma en la que efectivamente lo ha hecho. Como ya hemos tenido ocasión de advertir, la protección prestacional de Seguridad Social –al margen de la protección en la carrera de aseguramiento- que se brinda a la mujer víctima de violencia de género, se canaliza, principalmente, a través de la protección por desempleo. Las particularidades introducidas en la dinámica de dicha prestación, tendente a hacerla operativa para los fines tuitivos perseguidos sugieren también algunas reflexiones de interés. Y es que estas mutaciones, aunque en términos operativos no hayan implicado una repercusión reseñable, sí que han incorporado cambios esenciales en los caracteres teóricos que tradicionalmente han definido a la prestación por desempleo. Así, y quizás como más saliente, se incluye como situación legal de desempleo, habilitante del nacimiento de la prestación, una circunstancia ajena al ámbito decisional del empleador tal y como es la reducción de jornada, suspensión o extinción del contrato de trabajo al que se acoja la víctima de violencia de género al amparo del art. 49.1 ET. Obviamente, no es procedente denominar esta situación legal de desempleo como nacida de la voluntad de la trabajadora -pues, aunque exige un acto volitivo de ésta, el mismo viene forzado por circunstancias fácticas exógenas a su voluntad-, pero sí como una situación legal de desempleo que no viene precedida y determinada por una decisión empresarial con incidencia en el vínculo laboral. Aunque ya se han incluido como situaciones legales de desempleo en las que incide decisivamente la voluntad del trabajador -las extinciones contractuales a las que se acoja el trabajador al amparo del art. 40.1, 41.3 y 50 del Estatuto de los Trabajadores- aún en estas debe concurrir una decisión empresarial que nove o altere notablemente los términos esenciales de la relación laboral.

La relevancia -siempre en términos conceptuales- que apreciamos en la inclusión de la situación legal de desempleo del art. 267.1 a).5º y b). 2º LGSS y que aquí reivindicamos se justifica si reparamos en que, hasta esta última modificación normativa, las situaciones de desocupación -total o parcial- que tenían como hecho determinante la decisión del trabajador, aunque viniesen amparadas y legitimadas en enjundiosas circunstancias de hecho ajenas a la relación laboral, quedaban al margen de la protección por desempleo. Se nos ocurre, a modo de ejemplo, la excedencia por cuidado de hijo o familiar reconocida al trabajador o cualesquiera otras extinciones y suspensiones contractuales interesadas por el trabajador víctima de otro tipo de delitos cuya

<sup>21</sup> Aunque no se refiere a ellas el art. 42 LGSS, el art. 61.1 las define como prestaciones de la Seguridad Social.

comisión trascienda del ámbito de la relación laboral y cuya solicitud obedezca a procurar su mejor protección. Así las cosas, con esta modificación -cuya repercusión, reincidimos, apriorísticamente puede antojarse nimia- no podrá seguir sosteniéndose que la situación legal de desempleo deba excluir la extinción voluntaria del trabajador fundada en circunstancias fácticas extra laborales que recomienden la extinción o suspensión de la relación laboral. Véase que la normativa reguladora no exige una acreditación individualizada sobre la idoneidad de la extinción o suspensión del vínculo laboral como medida de protección; acreditando la condición de víctima de violencia de género a través de los cauces previstos en la propia norma<sup>22</sup>, la idoneidad de la decisión adoptada por la trabajadora se presumirá. Desde esta perspectiva, las posibles situaciones legales de desempleo, al menos potencialmente no aparecen agotadas con las previstas en el catálogo del art. 267 LGSS -como podría pensarse antes de la reforma, al contemplarse todas las posibles extinciones determinadas por las facultades organizativas del empresario- y la ampliación del mismo estará únicamente supeditado -nuevamente- a la voluntad política del momento y la disponibilidad de recursos económicos.

Dicho lo anterior, debe añadirse que la tutela de la víctima violencia de género a través de la prestación por desempleo, no pasa únicamente por redefinir los requisitos de acceso, incluyendo una nueva situación legal de desempleo tutelada, sino que, como se ha dicho, también el contenido de la prestación presenta singularidades para el caso de que la beneficiaria acceda a la misma por la vía del art. 45.1 n) ET, que establece como suspensión de la relación laboral con reserva del puesto de trabajo la decidida por la trabajadora víctima de violencia de género. Este supuesto concreto y la suspensión del contrato acordada por el empresario al amparo del art. 47 ET, serán los dos únicos supuestos de suspensión contractual considerados como situaciones legales de desempleo ex art. 267.1. b) LGSS. Dentro de estas dos situaciones legales de desempleo derivadas de la suspensión contractual, para el caso de la violencia de género el legislador ha introducido una serie de particularidades en la dinámica de la prestación que, al menos a nuestro juicio, inciden de manera profunda en la naturaleza de este mecanismo de protección hasta el punto de constituir una prestación cuasiautónoma de tutela a las víctimas de violencia de género. En la medida que las cotizaciones que se consideraron para reconocer un periodo de prestación durante la suspensión contractual, pueden ser computadas para determinar la cuantía y duración de la ulterior y eventual prestación por desempleo post extinción contractual<sup>23</sup> y que, incluso durante el tiempo de esta suspensión la Entidad Gestora, ex art. 273.2 LGSS está jurídicamente obligada a seguir cotizando por la contingencia de desempleo -siendo éstas válidas para incrementar una futura y eventual prestación derivada de la extinción del contrato de trabajo ex art. 269. 2 *in fine* LGSS-, podríamos concluir que la prestación de desempleo por suspensión del contrato ex art. 45 ET adquiere en estos casos una sustantividad y autonomía propia. “Se genera una especie de uso múltiple de las cotizaciones que se originen tras la suspensión de la relación laboral por sufrir la trabajadora violencia de género, a efectos de cualquier otra situación legal de desempleo que acontezca tras el agotamiento de la prestación inicial”<sup>24</sup>.

Así, aunque nominal o formalmente se ubique esta tutela bajo la cobertura prestación por desempleo y se rija por la dinámica de ésta, adquiere una sustantividad propia que termina por conformar una subprestación diferenciada, con la que el legislador pretende “en esencia, fomentar la utilización de las prestaciones por desempleo por parte de la trabajadora que suspende el contrato en atención a estas circunstancias, al considerarse la vía idónea para atender la falta de recursos económicos que (usualmente) se produce durante la suspensión de la relación

<sup>22</sup> Según el art. 267.3b) LGSS se acreditará mediante “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 de ser víctima de violencia de género”.

<sup>23</sup> Pues, aunque la norma general, las cotizaciones tenidas en cuenta para generar un derecho anterior no serán computables para determinar la cuantía o duración de una ulterior prestación como principal innovación introducida tras la LOPIVG, se prevé ex art. 269.2 que “no obstante, no se considerará como derecho anterior el que se reconozca en virtud de la suspensión de la relación laboral prevista en el artículo 45.1.n) del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores”.

<sup>24</sup> ARIAS DÓMINGUEZ, A: *Protección Laboral y de Seguridad Social...Op.cit.* Pág. 155.

laboral”<sup>25</sup>. Así en términos operativos o funcionales esta variante de la prestación por desempleo, podría decirse, otorga el mismo contenido prestacional que el que presenta la maternidad y la paternidad, la proporción de rentas sustitutorias de las dejadas de percibir con motivo de la suspensión del contrato de trabajo, sin que su disfrute tenga trascendencia en el orden a otras prestaciones como la ulterior e hipotética prestación por desempleo. Así y para cerrar esta idea, aunque el legislador no haya querido establecer una prestación nominalmente diferenciada para proteger la suspensión del contrato decidido por la trabajadora víctima de género, mediante una sutil técnica legislativa, adicionando las particularidades antes referidas, ha terminado por constituir una tutela diferenciada dentro del Sistema de Seguridad Social para la contingencia de la violencia de género, siempre que ésta lleve aparejada la suspensión del contrato de trabajo.

#### 4. LA PROTECCIÓN BRINDADA A LA VÍCTIMA DE VIOLENCIA DE GÉNERO A TRAVÉS DE LA ASISTENCIA SOCIAL

Con carácter previo a exponer el tratamiento dado a la protección de la violencia de género por nuestro sistema de asistencia social, toca informar sobre el significado que aquí damos a la *asistencia social*, aclaración conceptual que nos ayudará a su vez a dirimir la forma de protección por ésta brindada en la cuestión que analizamos. Nuestro propio Ordenamiento Jurídico, en su más alto nivel normativo, reconoce la segregación de nuestro sistema de protección social en dos subsistemas diferenciados<sup>26</sup>, Seguridad Social y asistencia social. Sin embargo, este mismo ordenamiento no ofrece pista alguna sobre el contenido sustantivo de cada una de estas dos parcelas normativas ni de los criterios que permitirían deslindar la una de la otra. Sin entrar aquí en una disquisición muy profunda sobre el particular -aunque la opacidad normativa lo exigiríamos a afirmar que por asistencia social entendemos todas aquellas medidas de protección que trascienden de la técnica del aseguramiento y que actuarían de manera supletoria a la seguridad social, es decir, serviría para tutelar situaciones de necesidad, contenidas en nuestro ideal de cobertura, que han quedado al margen del campo de la acción protectora de aquella<sup>27</sup>.

Aunque la expansión de ese ámbito de la asistencia se ha experimentado, principalmente, en el marco de las competencias asumidas por parte de las Comunidades Autónomas, no se trata de un campo de actuación vetado al legislador nacional, que si bien suele actuar a través del sistema de seguridad social, no abandona el campo de la asistencia para ofrecer ciertos mínimos de cobertura de manera uniforme en todo el ámbito nacional<sup>28</sup>. Los contornos de la asistencia social aparecen sin duda dotados de una mayor laxitud que los de la Seguridad Social y, las reservas técnico-jurídicas que pudiera suscitar la inclusión de la violencia de género como circunstancia específicamente protegida por la seguridad social son de menor calado en el ámbito de la asistencia social. En este sentido, nuestra más solvente doctrina iuslaboralista ha evidenciado que sería en ese más amplio ámbito de la protección social, allende el sistema de Seguridad Social, donde a la violencia de género se le pudiera reconocer “una configuración propia y autónoma”, opción que si bien y con todo, se añade, “sería muy cuestionable y de compleja articulación”.<sup>29</sup>

<sup>25</sup> *Ibid.*

<sup>26</sup> Concretamente lo hará nuestra Constitución, al definir el reparto de competencias en el Estado y las Comunidades Autónomas, estableciendo que mientras la regulación de la Seguridad Social compete en exclusiva al Estado la legislación básica y régimen económico de la Seguridad Social (art. 149.1.17<sup>o</sup>), las Comunidades Autónomas podrán asumir competencias en materia de asistencia social (art. 148.1 20<sup>o</sup>).

<sup>27</sup> Siguiendo a RODRÍGUEZ CARDO IVÁN A., *El concepto de asistencia social : un foco permanente de tensión entre el Estado y las Comunidades Autónomas. Los nuevos marcos de relaciones laborales en el renovado estado de las autonomías: XXI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, 2011, ISBN 978-84-9876-946-3, págs. 797-816.* “La Seguridad Social puede determinar, de forma prácticamente autónoma, su ámbito de actuación subjetivo y objetivo; la asistencia social, como mecanismo tuitivo, cuenta con un eminente carácter, quizá no residual, por las connotaciones peyorativas que pudieran atribuirse a la expresión, pero sí subsidiario, supeditado a la extensión del Sistema de Seguridad Social, en la medida la expansión de este provocará una «reducción correlativa» de aquella”.

<sup>28</sup> V.gr. y de forma más destacada a través de la institucionalización de las pensiones no contributivas de invalidez y jubilación contenida en el actual Capítulo II, Título VI, LGSS.

<sup>29</sup> MONEREO PÉREZ, J.L. y RÓDRIGUEZ IINIESTA, G: *Género y Seguridad Social...Op. Cit.*

Al margen de las previsiones contenidas en el *Real Decreto 1369/2006, de 24 de noviembre, por el que se regula el programa de renta activa de inserción para desempleados con especiales necesidades económicas y dificultad para encontrar empleo*, sobre la inclusión de las víctimas de violencia de género del dentro del ámbito subjetivo del R.A.I., lo quisiéramos resaltar de este nivel asistencial de protección en relación con el tema que nos ocupa es la inclusión, ahora sí, de manera clara, de una prestación específica para la protección de esta situación de necesidad. Nos referimos a la prestación de pago único prevista en el art. 27 LOMPIVG cuyo contenido ha sido *ut supra* descrito. Se podrá decir que esta protección es quizás mínima y está supeditada a la existencia de una insuficiencia patrimonial reforzada en la víctima, sin embargo lo que a nosotros nos resulta especialmente sugestivo es la inclusión, ya sin ambages, de la violencia de género como un riesgo socializado. Esta concreta prestación –con la escasa trascendencia funcional que pueda tener- evidencia la asunción por parte de la colectividad de la responsabilidad en la protección frente a determinados delitos. Un primer paso de esta tendencia lo vimos en la *Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual*, aunque en aquella ocasión el papel de la asistencia social se definió como subsidiario, para el caso de que las víctimas no accediesen a las indemnizaciones resarcitorias privadas que emergían con la comisión del delito. Ahora, se da un paso más, y al menos para una conducta típica en concreto, se establece la cobertura de la situación de necesidad creada por la perpetración de un delito con independencia de las indemnizaciones correspondientes en la esfera privada. Ello invita a reflexionar si conceptualmente se ha procedido a la atribución de responsabilidad proteccionista ala colectividad por la comisión de un delito por parte de sujetos privados. Cabría preguntarse si esto es una posibilidad ya asumida por nuestro ordenamiento y si podría ser extensible a otras conductas criminales que ocasionasen situaciones de necesidad susceptibles de protección.



# TÍTULO VI: ¿EL TRABAJO Y LA FAMILIA SON COMPATIBLES? LA VISIÓN DE LOS INTERLOCUTORES SOCIALES Y DE LA ADMINISTRACIÓN

## PONENCIAS

### CAPÍTULO I. PERSPECTIVA EMPRESARIAL SOBRE LA CONCILIACIÓN DE LA VIDA LABORAL Y FAMILIAR<sup>1</sup>

JORDI GARCÍA VIÑA

*Director de Relaciones Laborales de CEOE*

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de Barcelona*

#### I. INTRODUCCIÓN

Las transformaciones de la sociedad en todos los ámbitos: demográfico, cultural y económico, están íntimamente relacionadas con la progresiva y creciente participación laboral de las mujeres<sup>2</sup>, lo que sin duda refleja un avance para la sociedad que no tiene marcha atrás.

Uno de los retos actuales es dar respuesta a la **complejidad de equilibrios que plantea el desarrollo de la vida laboral y la vida familiar**, y para ello es patente la necesidad de evolucionar en muchos ámbitos. Cambios culturales profundos deben seguir impulsando la naturalidad de la integración de hombres y mujeres en la vida productiva activa sin que se creen desequilibrios insostenibles e innecesarios. En particular, sería oportuno abordar la forma en que se asumen los cuidados de las familias, que tradicional y mayoritariamente han venido llevando a cabo las mujeres.

La conciliación de la vida laboral y familiar se ha presentado a menudo como una disyuntiva entre los intereses de la empresa y los intereses del trabajador, en una interpretación a veces simplista de un asunto mucho más complejo.

<sup>1</sup> Documento elaborado por la Comisión de Igualdad de CEOE, versión actualizada octubre de 2017

<sup>2</sup> Según datos de EUROSTAT en 1993 la tasa de actividad femenina ascendía en España al 33,8%, mientras que en 2016 se situaba en un 58,1%,  
[http://ec.europa.eu/eurostat/tgm/table.do?tab=table&init=1&language=en&pcode=t2020\\_10&plugin=1](http://ec.europa.eu/eurostat/tgm/table.do?tab=table&init=1&language=en&pcode=t2020_10&plugin=1)

En la práctica, **la dificultad de la conciliación no se debe a la falta de voluntad, sino a que los intereses en conflicto suelen ser múltiples**: los intereses legítimos de la persona implicada, su pareja y su familia por un lado y las responsabilidades de la empresa por otro, pero también a veces afecta a los intereses legítimos de otros trabajadores, compañeros de empleo, que de una u otra forma deben suplir tiempos o espacios de conciliación cedidos al primero, e incluso puede chocar con los intereses de los clientes o consumidores, que esperan ser atendidos en horarios más flexibles, aperturas más amplias o periodos de entrega más cortos. Todo ello, hace que, pese a que la intención de la sociedad y de las empresas es facilitar al máximo la conciliación, la solución es complicada.

Resulta evidente clarificar que **la necesidad de conciliar no es exclusivamente de las mujeres** y que elementos como la corresponsabilidad en el ámbito doméstico y de cuidados de la familia se convierten en hitos imprescindibles. No obstante, el objetivo no puede ser que los hombres abandonen o limiten su participación en el mercado laboral para facilitar la participación laboral femenina, sino que la sociedad debe buscar fórmulas para poder contar con unas estructuras y servicios adecuados que posibiliten un óptimo nivel de conciliación y al mismo tiempo permitan mantener y fomentar la necesaria participación laboral, tanto de hombres como de mujeres<sup>3</sup>.

Igualmente, se debe tener en cuenta que **las tendencias sociales están cambiando** y en los hogares se pueden encontrar **modelos de convivencia heterogéneos**, no sólo en cuanto a su tamaño sino también en cuanto a su composición, lo que fundamenta aún más la idea de que no se deba presuponer que es únicamente la mujer quien tiene la necesidad de conciliar.

Con este documento se pretende analizar la situación actual de la conciliación de la vida laboral y familiar desde la perspectiva empresarial, estudiar las principales tendencias y plantear algunas reflexiones que pudieran contribuir a un mayor alcance de la misma, sin perjudicar la participación laboral ni de hombres ni de mujeres, fomentando una mayor creación de empleo y atendiendo a las necesidades, sostenibilidad y competitividad de las empresas.

## II. DELIMITACIÓN CONCEPTUAL

Según la Real Academia Española se entiende por conciliar “**Hacer compatibles dos o más cosas**”. En el supuesto que nos ocupa, la conciliación de la vida laboral y familiar consiste precisamente en hacer viables ambas esferas. Pero hay otra acepción del término que a menudo se olvida, y que es tremendamente relevante para este objetivo, en la que se determina que conciliar es “**Poner de acuerdo a dos o más personas o cosas**”. Esa búsqueda del acuerdo, es esencial para el éxito de la conciliación en una sociedad desarrollada y madura.

El Instituto Europeo para la Igualdad de Género ha citado en algunos de sus documentos que “*las políticas de conciliación se definen como políticas que apoyan de forma directa la combinación de la vida profesional, privada y familiar, o más comúnmente como las políticas que permiten la conciliación de la vida laboral y personal. Por tanto, dividen dichas políticas en las que inciden directamente en las relaciones laborales y aspectos del tiempo de trabajo y aquellas otras que afectan a la intervención pública como por ejemplo facilitar servicios de cuidado infantil, permisos y subsidios familiares*”.

Hay que señalar que nos enfrentamos a este intento de conciliar dos ámbitos tradicionalmente separados, familia y trabajo, sin que se haya completado la transición hacia un nuevo modelo de implicación plena de los hombres en la tareas del hogar y los cuidados de la familia, ni el desarrollo de políticas públicas que permitan la conciliación de la vida familiar y laboral de ambos. Por tanto, **la conciliación es tarea de todos y, casi siempre, debe empezar en casa**.

<sup>3</sup> Tanto la Estrategia Europea de Empleo como la Estrategia de Lisboa tienen por objeto incrementar las tasas de empleo de mujeres y hombres y apoyar los cambios sociales necesarios para lograr este objetivo.



La sociedad debe asumir que la necesidad de **conciliación va más allá de la igualdad por razón de género**, pues aunque sirva como herramienta para la misma, la conciliación afecta tanto a hombres como a mujeres. La conciliación no sólo tiene impacto directo en el desarrollo presente de la igualdad de oportunidades de acceso y permanencia en el empleo de las mujeres, sino en aspectos de futuro como la demografía y las estructuras familiares de las próximas décadas, por su impacto en la natalidad, educación y cuidado del menor, en el futuro del sistema de pensiones o el mantenimiento de la responsabilidad y solidaridad en el cuidado y atención a personas dependientes.

### III. MEDIDAS EXISTENTES PARA LA CONCILIACIÓN A NIVEL INTERNACIONAL Y NACIONAL

En términos generales los mecanismos de conciliación de la vida laboral y familiar se dirigen fundamentalmente en dos direcciones: **dedicarse temporal o alternativamente a la prioridad familiar** (suspensiones temporales, excedencias y reducción del tiempo de trabajo) y por otra parte, **medidas que permiten moverse flexiblemente entre ambas responsabilidades, laborales y familiares, y que por tanto facilitan una mayor participación laboral** (flexibilidad horaria, ayudas y beneficios y servicios de cuidados a la infancia y a la dependencia, etc.).

Dado que el objetivo de la **conciliación** no es un reto local, sino una **necesidad global**, a continuación se realiza un análisis de las principales tendencias en políticas familiares y medidas de conciliación adoptadas tanto a nivel internacional como nacional.

#### 1. EL DEBATE EN EL ÁMBITO INTERNACIONAL Y LAS DIFERENTES OPCIONES EXISTENTES

Son varias las disposiciones relacionadas con la conciliación en el ámbito internacional, destacándose los diferentes Convenios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y las Directivas Europeas que han impulsado el avance legislativo a este respecto en la UE<sup>4</sup>.

La **Comisión Europea** presentó, el pasado 26 de abril, la **Recomendación (UE) 2017/761** sobre el Pilar Europeo de Derechos Sociales<sup>5</sup> con el propósito de “*servir de guía para alcanzar resultados sociales y de empleo eficientes para responder a los desafíos actuales y futuros con el fin de satisfacer las necesidades esenciales de la población*”.

La guía contiene 20 principios sociolaborales, agrupados en tres capítulos: Igualdad de oportunidades y acceso al mercado de trabajo; Condiciones laborales justas; y Protección e inclusión sociales, y entre sus principios destacan, entre otros, el equilibrio entre la vida laboral y familiar, la igualdad de género y de oportunidades y el apoyo activo al empleo.

<sup>4</sup> Convenio de la OIT 183 sobre la protección de la maternidad (2000) y su Recomendación núm. 191; el Convenio de la OIT 156 sobre trabajadores con responsabilidades familiares (1981) y su Recomendación núm. 165; el Convenio 111 sobre discriminación en el empleo y la ocupación (1958); el Convenio de la OIT 175 sobre el trabajo a tiempo parcial (1994) y su Recomendación núm. 182; la Directiva 2006/54/CE relativa a la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación; la Directiva 2010/18/UE por la que se aplica el Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental, celebrado por BUSINESSEUROPE, la UEAPME, el CEEP y la CES, y se deroga la Directiva 96/34/CE; la Directiva 97/81/CE sobre trabajo a tiempo parcial; la Directiva 92/85/CEE del Consejo relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada que haya dado a luz o en período de lactancia; la Recomendación del Consejo 92/241/CEE sobre cuidado de niños y niñas; la Resolución del Consejo (junio 2000) relativa a la participación equilibrada de hombres y mujeres en el ámbito laboral y familiar; la Carta Comunitaria de los Derechos Fundamentales de los Trabajadores (1989) según la cual deben elaborarse medidas para conciliar; y el V Programa Europeo de Igualdad de Oportunidades.

<sup>5</sup> Diario Oficial de la Unión Europea 29.04.2017

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:32017H0761&from=ES>

Entre las medidas adoptadas como acompañamiento a dicho Pilar Europeo de Derechos Sociales destaca la **propuesta de Directiva relativa al equilibrio entre la vida profesional y personal de trabajadores con menores y dependientes a cargo**<sup>6</sup>, por la que se deroga la Directiva del Consejo 2010/18/EU (COM (2017)253), dando continuidad al camino previamente iniciado por la Comisión Europea para la **adopción de un nuevo paquete de medidas a favor de la conciliación entre la vida personal y profesional**.

En esta propuesta de Directiva se incluyen las siguientes previsiones:

- Permiso de paternidad retribuido de, al menos, 10 días laborales.
- Permiso parental retribuido de 4 meses intransferible entre los progenitores (este permiso, si así se solicita, podrá disfrutarse de manera intermitente, de forma flexible y será retribuido. El plazo para su disfrute será hasta que el menor tenga 12 años).
- Permisos retribuidos de 5 días anuales para el cuidado de menores o dependientes enfermos.
- Todos los trabajadores con menores de 12 años o que se encuentren al cuidado de familiares dependientes tendrán derecho a solicitar fórmulas de trabajo flexibles consistentes en reducción de jornada, flexibilidad en el horario y flexibilidad en el lugar de trabajo.
- Protección contra el despido mientras se disfruten estas medidas.

Además se ha comunicado que la Comisión dará apoyo a los Estados Miembros para que se acuerden medidas que aseguren servicios de cuidado y educación accesibles, asequibles y de calidad, se reduzcan impuestos y se supriman los elementos desincentivadores para que las mujeres trabajen, se priorice la financiación de la UE en esta materia, se establezcan medidas de sensibilización, se intercambien buenas prácticas, se mejore la compilación de datos, etc.

Ante esta propuesta, continua el debate abierto en Europa entorno a la conveniencia de medidas que, según algunas voces, pudieran generar efectos ralentizadores del desarrollo profesional especialmente si afectan a las mujeres, como la interrupción de las carreras laborales o la reducción del tiempo de trabajo, ya que podrían afectar a su promoción, a sus periodos de cotización y por consiguiente también a las pensiones, a otras prestaciones y al propio sistema de Seguridad Social, al disminuir el ingreso por cotizaciones.

Dado que colectivamente se reconoce la **importancia de una adecuada política de integración laboral**, sin obstáculos añadidos por causas familiares, y que fomenta el adecuado desarrollo de las familias, desde la representación empresarial europea se hace especial hincapié en la necesidad de que se dé prioridad a las medidas sociales, dirigidas a facilitar servicios para la atención a los niños y a las personas dependientes. Estos servicios son generadores de riqueza y empleo y constituyen uno de los pilares de las políticas de conciliación de la vida familiar y laboral<sup>7</sup>.

Son varios los documentos, incluyendo la propia memoria de análisis que acompaña al documento de propuestas de la **Comisión Europea**, que señalan la necesidad de eliminar los obstáculos existentes para la participación laboral, de los hombres y especialmente de las mujeres, y pone de manifiesto **la falta de acceso a servicios asequibles para el cuidado de los niños y personas dependientes**.

<sup>6</sup> <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52017PC0253>  
[http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-17-1006\\_es.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-1006_es.htm)

<sup>7</sup> Ya en 2002, en la Cumbre de Barcelona, los Estados miembros destacaron la “necesidad de seguir trabajando a favor de la igualdad entre hombres y mujeres desarrollando medidas que faciliten el acceso y la permanencia de las mujeres en el mercado de trabajo” y propusieron “incrementar las medidas dirigidas a la conciliación de la vida familiar y laboral, muy especialmente a través de la creación de servicios para el cuidado de la infancia y demás dependientes”.

Es sabido que un elevado número de mujeres declaran que no trabajan o trabajan a tiempo parcial por razones vinculadas a la ausencia de alternativas, su coste, su calidad, así como la inflexibilidad y limitación de sus horarios. Junto a ello, **la menor utilización por parte de los hombres de las medidas existentes en conciliación en comparación con las mujeres**, lo que responde a cuestiones culturales, es un elemento fundamental que no puede dejar al margen de su análisis la Comisión Europea.

El **Consejo Económico y Social de España (CES)** en su último Informe sobre la participación laboral de las mujeres en España<sup>8</sup> describe la heterogeneidad presente en Europa en cuanto a regímenes de conciliación o de apoyo a la familia e identifica cinco grandes modelos:

- I. **Sistemas claramente orientados desde hace décadas a la igualdad entre hombres y mujeres**, donde se encuadran los países nórdicos como Suecia y Dinamarca (también Islandia), que conjugan un permiso parental conjunto de un año bien retribuido, con una parte intransferible para el padre, junto con un fuerte apoyo de servicios públicos de atención a la infancia y la dependencia, de calidad y acceso universal, adaptados a los horarios laborales de los padres. **Este modelo propicia el predominio de las parejas de dos sustentadores/dos cuidadores.**
- II. **Sistemas anglosajones, orientados al mercado**, donde se encuadran los sistemas de Reino Unido, Holanda e Irlanda (también Suiza), donde la corresponsabilidad no está en la agenda política y se caracterizan por tener un permiso de maternidad, intransferible al padre, corto y bien retribuido, junto con un bajo nivel de provisión de servicios públicos. **Este esquema favorece la prevalencia de parejas con sustentador masculino y sustentadora parcial femenina/madre cuidadora.**
- III. **Sistemas orientados a fomentar y proteger a la madre cuidadora en el hogar**, donde se ubican algunos países del Este, como Hungría, República Checa, Polonia y Estonia, que combinan un permiso de maternidad largo y retribuido para permitir la permanencia en el hogar de la madre hasta los tres años del niño y un bajo nivel de servicios públicos de atención a la infancia, lo que resulta en una **prevalencia de parejas de sustentador masculino/madre cuidadora, y una elevada diferencia entre la participación laboral de las mujeres con y sin hijos.**
- IV. **Sistemas orientados a la elección de los progenitores**, como en Francia, Alemania, Austria o Finlandia, donde se ofrece a las madres la posibilidad de optar por un permiso de maternidad largo y escasamente retribuido, o por un permiso corto y retribuido complementado con el acceso a servicios públicos de atención a la infancia relativamente desarrollados. La corresponsabilidad comienza a ser una preocupación relevante en estos países, por lo que se tiende a permitir que se comparta el permiso entre los dos progenitores y a articular un permiso de paternidad corto e intransferible. **Este sistema dual propicia la existencia tanto de parejas de sustentador masculino y sustentadora parcial femenina/madre cuidadora como de sustentador masculino/madre cuidadora.**
- V. **Sistemas denominados familiaristas** donde se encuadran Grecia, Italia y España y en los que, a pesar de los cambios en las pautas laborales y familiares de las mujeres experimentados en los últimos años, **sigue predominando el modelo de sustentador principal masculino y mujer cuidadora en el hogar, incluso en parejas sin hijos.** En estos países existe permiso de maternidad corto, retribuido e intransferible al padre, bajo nivel de provisión de servicios públicos y baja tasa de escolarización temprana, así como tasas de empleo de las mujeres muy bajas, tanto si tienen hijos como si no. En estos países la cohesión familiar y la ayuda intergeneracional se dan por hecho, de tal modo que se deja en las mujeres de la familia el cuidado de los hijos y dependientes, con el apoyo del abundante empleo femenino en el servicio doméstico y culturalmente aceptado. Además, el modelo tradicional suele estar apoyado por otras políticas, como la existencia la declaración conjunta en el Impuesto sobre la renta, que supone

<sup>8</sup> <http://www.ces.es/documents/10180/3557409/Inf0516.pdf>

*una importante desgravación por tener una pareja dependiente. Con todo, en los últimos años se han producido avances notables en las políticas en estos países, con un enfoque cada vez más orientado a la igualdad de género en el empleo y los cuidados.*

Se incluye como ANEXO I, un listado con información resumida sobre los permisos de maternidad, paternidad y excedencias de los distintos países europeos.

## 2. LA REALIDAD Y OPORTUNIDADES EN EL ÁMBITO NACIONAL

Son varios los artículos de nuestra **Constitución** que de forma directa o indirecta abordan aspectos vinculados a la conciliación de la vida laboral y familiar<sup>9</sup>, consagrando el principio de igualdad y no discriminación y la obligación de los poderes públicos de asegurar la protección de las familias.

Durante las últimas dos décadas **se ha avanzado mucho en la normativa que en esencia regula los aspectos básicos de la conciliación**, fundamentalmente a través de:

- Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres.
- Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.
- Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida laboral y familiar de las personas trabajadoras.

En estas normas se recogen **los instrumentos de conciliación más habituales en España** y que fundamentalmente se podrían resumir en el siguiente cuadro:

---

<sup>9</sup> Artículo 9.2, en el que se atribuye a los poderes públicos el deber de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas y remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud, facilitando la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social; Artículo 14, donde se recoge el derecho a la igualdad ante la ley y el principio de no discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión u opinión o cualquier otra condición; Artículo 32.2, que establece que la ley regulará entre otras cuestiones los derechos y deberes de los cónyuges; y Artículo 39.1, que determina el deber de los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia.

## Protección a la Familia y Seguridad Social. Hacia un nuevo modelo de protección sociolaboral

PERMISOS PARENTALES		DURACIÓN	RETRIBUCIÓN	COTIZACIÓN	RESERVA PUESTO DE TRABAJO	ESTADUTO DE LOS TRABAJADORES
MATERNIDAD		16 semanas, posibilidad de transferir hasta 10 semanas al padre	100% de la base reguladora (SS)	SI	SI	Artículos 45.1 y 48.4 ET
	PATERNIDAD	4 semanas ininterumpidas	100% de la base reguladora (SS)	SI	SI	Artículos 45.1 y 48 bis ET
EXCE- DENCIA	Cuidado de hijo	Hasta 3 años	No retribuido	SI	1 <sup>er</sup> año derecho a la reserva del puesto de trabajo y, después, la reserva quedará referida a un puesto de trabajo del mismo grupo profesional o categoría equivalente	Artículo 46,3 ET
	Cuidado de familiar dependiente	Hasta 2 años	No retribuido	Sólo un año	Contrato no se suspende y existe protección frente al despido por cualquier cause	Artículo 46,3 ET
REDUCCION DE JORNADA	Cuidado de menor de 12 años	Hasta menor cumpla 12 años	No retribuido	Sólo dos años	Contrato no se suspende y existe protección frente al despido por cualquier cause	Artículos 34,8, 37,6 y 53.4, b) ET
	Cuidado de familiar dependiente	No limite	No retribuido	Sólo un año	Contrato no se suspende y existe protección frente al despido por cualquier cause	Artículos 34,8, 37,6 y 53.4, b) ET
OTROS PERMISOS	Cuidado de hijo menor con enfermedad grave	Hasta menor cumpla 18 años	100% de la base reguladora (SS)	Sólo dos años	Contrato no se suspende y existe protección frente al despido por cualquier cause	Artículos 34,8, 37,6 y 53.4, b) ET
	Nacimiento de hijo	2 días	100% del salario (Empresa)	SI	Contrato no se suspende	Artículo 37,3 ET
	Exámenes prenatales	No limite	100% del salario (Empresa)	SI	Contrato no se suspende	Artículo 37,3 ET
	Hospitalización / Accidente / Intervención de familiar	2 a 4 días	100% del salario (Empresa)	SI	Contrato no se suspende	Artículo 37,3 ET
	Nacimiento de hijo prematuro	1 hora diaria	100% del salario (Empresa)	SI	Contrato no se suspende	Artículo 37,5 ET
	Lactancia	1 hora diaria o 2 fracciones de 1/2 hora. Posibilidad de acumular	100% del salario (Empresa)	SI	Contrato no se suspende	Artículo 37,4 ET
RIESGO POR EMBARAZO O LACTANCIA		Hasta que se inicie permiso maternidad/lactante cumpla nueve meses/ desaparezca la imposibilidad de la trabajadora de reincorporarse a su puesto anterior o a otro compatible con su estado	100% de la base reguladora (SS)	SI	SI	Artículo 48,8 ET

Se debe señalar que en los últimos años se ha evolucionado considerablemente en la configuración de estas medidas, habiéndose ampliado la duración de los permisos laborales, mejorado el salario de sustitución percibido y ofreciéndose una mayor seguridad en la reincorporación al puesto de trabajo.

Sin embargo, **la legislación por sí misma no ha logrado una mayor igualdad**, ni la implantación de estas medidas ha tenido toda la eficacia deseada. Es imprescindible en el análisis tener en cuenta lo señalado en el apartado referido al ámbito internacional, y en concreto a que **una menor utilización por parte de los hombres de las medidas existentes en conciliación se debe fundamentalmente a cuestiones culturales y no únicamente a la estructura de las mismas**.

Según datos del Ministerio de Empleo y Seguridad Social (MEYSS), de enero a junio de 2017, el 98% de las mujeres que disfrutaron un permiso de maternidad no hicieron uso de la posibilidad de compartir dicho permiso con el otro progenitor.

Asimismo, atendiendo a las características de las excedencias en el modelo español y que tanto el hombre como la mujer pueden hacer uso de las mismas de forma individual, el 91,18% de las excedencias por cuidado de familiar son solicitadas y por tanto concedidas a mujeres.

La disyuntiva entre los dos miembros de la pareja entorno a quien tiene que asumir determinadas elecciones o renunciadas, unida a la presión sobre la empresa que debe aceptar la necesidad de su trabajador, no puede ser el único motor para la conciliación, pues nunca alcanzará la eficacia necesaria. Precisamente, cobra importancia sustancial dentro de los instrumentos utilizados para alcanzar una mayor conciliación de la vida laboral y familiar el **desarrollo de los servicios para la educación y atención infantil y para el cuidado de personas dependientes fomentado por políticas públicas**, actualmente insuficientes por falta de oferta coincidente con los horarios laborales, con los períodos de vacación escolar y con las necesidades de atención a personas dependientes. Sin solventar estos requerimientos imprescindibles, el camino emprendido de aumentar el período de reducción obligada para la empresa de la jornada laboral, es contrario a la carrera profesional de los solicitantes, ya sean hombres o mujeres, y a la propia organización de trabajo en la empresa, especialmente si esta es PYME.

En España la **educación infantil** es la etapa educativa que atiende a los niños desde el nacimiento hasta los seis años. Se ordena en dos ciclos: el primero comprende hasta los tres años y no se encuentra financiado en ningún caso por el Estado; el segundo, que ya tiene carácter gratuito, va desde los tres a los seis años de edad. Siendo voluntario, este segundo ciclo se ha generalizado en toda España, de modo que en la actualidad prácticamente la totalidad de los niños y niñas de 3 a 6 años se encuentran escolarizados.

En los datos de la base estadística del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte (MECD) se observa como para el período escolar 2014-2015 -último dato disponible- la tasa neta de escolaridad de 0 a 2 años fue de un 34%, la de 2 años de 55,4% y la de 3 años ascendió a un 94,9%.

Llama la atención que **sólo el 34% de los niños de 0 a 2 años asistan a la guardería**, pues aunque evidentemente en estos datos no aparecen reflejados los cuidadores informales (por ejemplo abuelos) y el empleo doméstico contratado para atender al menor, esta cifra implica una importante dedicación de los progenitores al cuidado de menores en esta etapa, que dificultaría la participación laboral.

En cuanto al **cuidado de personas dependientes**, en España se creó a partir de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, el Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia (SAAD), con el propósito, tal y como se recoge en la Exposición de Motivos de la Ley, de "garantizar a los ciudadanos, y a las propias Comunidades Autónomas, un marco estable de recursos y servicios para la atención a la dependencia".

Sin embargo, se están produciendo diversos **problemas en la puesta en marcha y ejecución de esta Ley** que impiden que su impacto sea el esperado, especialmente por los aplazamientos en su calendario de implantación, la escasa intensidad de las prestaciones en forma de servicios (a pesar de la prioridad otorgada a las mismas frente a las prestaciones económicas), la modificación del baremo para el reconocimiento de las prestaciones, etc.

Otra categoría de instrumentos que facilitan o dan soporte a la conciliación de la vida laboral y familiar serían las ayudas económicas y otros beneficios destinados a las familias, que en nuestro país se configuran mediante:

- **Prestaciones familiares no contributivas:** por hijo o niño acogido menor de 18 años; por hijo o niño acogido discapacitado al 65%; por nacimiento en familias numerosas, monoparentales o madres discapacitadas y por parto o adopción múltiple.
- **Desgravaciones en el IRPF,** distinguiéndose entre: deducciones estatales en la cuota por hijo menor de 3 años, por descendiente con discapacidad, por ascendiente con discapacidad o por familia numerosa; mínimo exento familiar en la base del IRPF por rentas inferiores a 8.000€ y descendientes menores de 25 años o con discapacidad o ascendientes con discapacidad; y reducciones en la base del IRPF por declaración conjunta de parejas casadas con o sin hijos o progenitor no casado y con hijos.

**Sólo este tipo de enfoque múltiple puede ofrecer vías reales de conciliación.** Las políticas puestas en práctica, que se han basado en la reducción obligatoria de la jornada, reguladas en el Estatuto de los Trabajadores no han aportado más que una rigidez a la organización por un periodo tan prolongado como doce años. La flexibilidad real en la distribución de la jornada, el teletrabajo, y otros tipos de acuerdos entre empresa y trabajador, han de ser desarrolladas mediante la negociación colectiva o el mutuo acuerdo, como se verá en el apartado séptimo.

Aparte de las referencias nacionales indicadas anteriormente se debe señalar también que, con motivo de la elaboración de un **Pacto de Estado contra la Violencia de Género**, se ha aprobado por unanimidad del Pleno del Congreso de los Diputados, el día 28 de septiembre, un “Informe de la Subcomisión para un Pacto de Estado en materia de violencia de género” y, el día 13 de septiembre, por unanimidad del Pleno del Senado la “Ponencia de Estudio para la elaboración de estrategias contra la violencia de género”. Ambos informes contienen propuestas para la lucha contra la violencia de género y se incide en algunos aspectos relacionados con la conciliación de la vida laboral y familiar de las víctimas de violencia de género, citándose las siguientes a título de ejemplo:

- Promover el uso del teletrabajo en aquellos casos de violencia de género en que sea posible y solicitado por la propia víctima, particularmente en el ámbito de las Administraciones Públicas.
- Trabajar con los agentes sociales para que se establezcan en las empresas protocolos que amparen a las trabajadoras en situación de Violencia de Género desde la primera detección. Para que la mujer pueda acogerse a una serie de derechos laborales (anticipar los que le da posteriormente la ley) siendo amparada por la empresa ante una situación personal de violencia machista, garantizando siempre la seguridad jurídica.
- Impulsar en la negociación de los Convenios Colectivos y Planes de Igualdad el desarrollo de los derechos laborales de las víctimas de violencia machista, reordenación del tiempo del trabajo o jornada, movilidad, uso del teletrabajo, etc.

A fecha del presente informe el Pacto de Estado contra la Violencia de Género se encuentra aún en proceso de negociación, por lo que se desconoce si las medidas enunciadas serán definitivamente incorporadas al mismo.

#### **IV. FACTORES DE DIVERSIDAD EMPRESARIAL QUE CONDICIONAN LA INTEGRACIÓN DE MEDIDAS GENERALES DE CONCILIACIÓN: EL TAMAÑO Y EL SECTOR DE ACTIVIDAD**

Cuando se habla de las empresas en el debate de la conciliación, a menudo se incurre en el error de considerar que la conciliación ha de bascular exclusivamente sobre las empresas y que estas son todas iguales o tienen las mismas capacidades de asumir retos de conciliación, que, no olvidemos, frecuentemente suponen costes adicionales o tensiones internas.

Es imprescindible señalar que **no todas las empresas disponen de los mismos márgenes organizativos**, y en este sentido no son comparables las posibilidades que puede tener una empresa de gran tamaño frente a una microempresa o PYME, que no dispone de los mismos recursos para hacer frente a las distintas situaciones de conciliación. No impacta igual ni tiene las mismas consecuencias una reducción de jornada en una empresa de 50 trabajadores que en una empresa de cuatro, por ejemplo. Entran a menudo en conflicto esos intereses cruzados con otros trabajadores, compañeros del primero, que sin duda requieren también de respeto y protección.

Asimismo, las **peculiaridades de cada sector** también tendrían que tenerse en cuenta a la hora de adoptar estas medidas pues cada uno se configura de manera diferente y presenta características propias. No es lo mismo la aplicación de medidas de conciliación en sectores relacionados con el ocio, el comercio o el turismo, por citar unos ejemplos, donde los clientes consumidores marcan las exigencias de disponibilidad horaria, que en sectores de oficinas o industriales donde la planificación por parte de la empresa puede ser más autónoma con carácter general. Por tanto, más allá de la voluntad de la empresa para llegar a un acuerdo con el trabajador sobre las distintas opciones de flexibilidad que se pueden adoptar, hay que tener en cuenta la posibilidad que tiene la empresa y la viabilidad de la medida a llevar a cabo, así como atender a otras cuestiones imprescindibles como pudieran ser su productividad y competitividad, sin las que sería imposible el mantenimiento y creación de empleo.

Es por ello que **sería extremadamente complejo diseñar una única fórmula para implantar estas medidas, que fuera aplicable por todas las empresas con carácter general**, debiéndose por tanto remitir la adopción de las mismas al ámbito de la negociación colectiva y/o a cada empresa, para poder determinar qué medidas son más eficaces, y en cualquier caso, cuáles podrían ser implantadas en cada supuesto concreto.

Sirvan de ejemplo a la explicación anterior la extrema dificultad de implantar la figura del teletrabajo en determinados servicios, como pudieran ser el comercio tradicional, la hostelería o el sector de la construcción, la complicación de modificar el horario de trabajo en pequeñas empresas o en servicios de atención al público u otros sectores en los que la fijación del horario se encuentra ineludiblemente ligada al desarrollo de la actividad o la imposibilidad de conceder la misma medida de conciliación a un elevado número de trabajadores dentro de la misma empresa.

Hay que señalar que al igual que sucede en el ámbito europeo, el **sistema de permisos es la herramienta de conciliación más utilizada en España** y se le otorga carácter prioritario frente al resto de medidas, a pesar de su alto coste en ausentismo, su clara repercusión sobre la carrera laboral y la pérdida de ingresos a la que se condena a quien lo solicita. Estas medidas destacan por su efecto puramente coyuntural en la atención a la familia, y por tener una eficacia limitada para la efectiva conciliación de la vida laboral y familiar de los trabajadores y para el fomento de la corresponsabilidad entre hombres y mujeres en los cuidados familiares. Igualmente, la utilización de estas medidas conlleva un impacto negativo



sobre la participación laboral de las personas con responsabilidades familiares, lo que especialmente se traslada a las mujeres.

Por otra parte convendría analizar si la petición de reducción de jornada es una opción deseada por quien la solicita o por el contrario es una consecuencia debida a la ausencia de medidas sociales de apoyo a la conciliación que le permitan mantener su actividad laboral.

## V. EL RETO DE LA CONCILIACIÓN ES UNA TAREA COLECTIVA

### 1. LOS DISTINTOS AGENTES INTERVINIENTES EN MATERIA DE CONCILIACIÓN

Atendiendo a los datos señalados y a las reflexiones planteadas conforme a los mismos, se puede afirmar que **la conciliación de la vida laboral y familiar es un objetivo de interés general, que afecta y preocupa a todos y sobre la que se tiene que trabajar conjuntamente**, siendo varios los intervinientes que participan en esta materia, pudiéndose distinguir entre otros a: la Administración Pública, las empresas, los trabajadores, las familias, el sistema educativo y la sociedad en su conjunto.

### 2. LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Como se ha analizado anteriormente, nos encontramos en un **proceso de cambios para la sociedad**, entre los que destacan el descenso de la natalidad, el envejecimiento de la población activa y la necesidad de incrementar la participación laboral para, entre otros fines, poder alcanzar la sostenibilidad del sistema de Seguridad Social y garantizar una correlación activa y pasiva del Estado de Bienestar.

Asimismo, se debe recordar que la propia Constitución atribuye a los poderes públicos el deber de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integran sean reales y efectivas; y remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud facilitando la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social; así como el deber de los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia. Las aportaciones de los ciudadanos vía recaudación fiscal deberían además orientarse a aquellas prioridades que generan un mejor desarrollo de una sociedad más equitativa y justa, por tanto no es descabellado exigir que se incremente la participación de la Administración en estos objetivos.

Son varios los **retos pendientes en materia de conciliación en los que el papel del Estado es determinante** siendo fundamental en las políticas de conciliación tener en cuenta como prioridades la educación y cuidado del menor y la atención a los dependientes, aspectos ambos que trascienden notablemente el ámbito de la empresa. A continuación se exponen algunos ejemplos:

- Fomentar la corresponsabilidad en el ámbito doméstico y de cuidados de la familia: En opinión empresarial, como se ha apuntado en apartados anteriores, la principal causa para que no exista una corresponsabilidad adecuada en las cargas familiares se encuentra asociada a motivos culturales que derivan hacia la mujer una mayor responsabilidad.

Es por ello que, compartiendo la necesidad de que se fomente la conciliación, respetando la igualdad de oportunidades y el derecho a la no discriminación, se considera que se debería avanzar hacia una **mayor sensibilización de la sociedad** sobre estas materias, especialmente **fomentando la corresponsabilidad de los hombres en las cargas familiares**, desde las edades más tempranas.

- Garantizar sistemas de apoyo a las familias, incluidos servicios accesibles, suficientes y de calidad para la atención a los niños, con especial atención a

horarios y vacaciones escolares y a las personas dependientes: Además de consistir en una de las recomendaciones a España del Consejo de la Unión Europea para 2016 y 2017<sup>10</sup>, con la implantación de esta medida se permitiría la conciliación a los trabajadores evitando su abandono total o parcial del mercado de trabajo y se fomentaría la creación de más puestos de trabajo para la puesta en marcha y prestación de dichos servicios.

En este sentido, se debería **facilitar el acceso a centros para menores de 3 años e incidir en su coste y calidad**, así como se deberían solucionar los problemas que están surgiendo en la **implantación del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia -SAAD-**, con el propósito de poder garantizar un marco estable de recursos y servicios, principalmente enfocado a la prestación de estos últimos.

Los centros podrían ser de **carácter gratuito** o se podrían **ofrecer subvenciones**, ayudas o cofinanciación de estos servicios, con independencia de si los centros son de carácter público o privado, lo que indudablemente provocaría una mayor suficiencia en el número de centros disponibles. En cualquier caso, estas ayudas deberían ser suficientes para garantizar el acceso universal a los mismos, ya que con las ayudas existentes en la actualidad no siempre es una opción para los progenitores recurrir a estos servicios, por seguir siendo su coste elevado pese a la ayuda. De igual modo, las ayudas que se proporcionen deben abonarse de manera puntual, pues de lo contrario se desvirtúa su utilidad, en atención a su carácter necesario.

Además resulta imprescindible insistir en la necesidad de que se dote de **flexibilidad a los horarios** tanto de los **centros educativos** como de atención a **personas dependientes** para poder lograr una conciliación efectiva, que se ajuste a las necesidades de los trabajadores.

- Ayudas, beneficios e incentivos: Con independencia de las ayudas referidas para la adquisición de servicios de atención y educación de menores, así como de personas dependientes, se considera necesaria la adopción de otros incentivos que pudieran ser complementarios y dar soporte a la conciliación en el ámbito familiar, como por ejemplo, contemplar **ayudas económicas por nacimiento de hijo y en sus primeros dos años de vida**, con cargo a Presupuestos Generales, que sean realmente compensatorias de gastos e incentivadoras de la natalidad, avanzando hacia **políticas familiares eficaces**.

Asimismo, se debería incidir en la necesaria **desgravación fiscal** de elementos como el empleo doméstico también utilizado como mecanismo para la conciliación y en el tratamiento fiscal en el caso de un segundo sustentador familiar.

Igualmente, resultaría conveniente analizar la posibilidad de establecer alguna medida para que la **persona que va a suplir a la trabajadora de baja por maternidad** trabaje un tiempo antes de la baja con el fin de aprender las tareas que desempeñará durante la sustitución. Este ejercicio resulta especialmente necesario en empresas de muy pocos trabajadores, por la dificultad organizativa añadida, pero sin duda es un coste que la mayoría de las empresas y fundamentalmente las PYMES no pueden asumir.

<sup>10</sup> [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv%3AAOJ.C\\_2016.299.01.0007.01.ENG&toc=OJ%3AC%3A2016%3A299%3ATOC](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=uriserv%3AAOJ.C_2016.299.01.0007.01.ENG&toc=OJ%3AC%3A2016%3A299%3ATOC)

También convendría analizar qué ayudas podrían otorgarse (bien directamente o de forma indirecta a través de exenciones fiscales o bonificaciones a la Seguridad Social) a aquellas empresas que quieran implantar medidas de conciliación que necesiten un desarrollo tecnológico u organizativo y posean mayores dificultades de acceso a los mismos. Por ejemplo para la implantación de teletrabajo, herramientas de flexibilidad horaria, capacitación y adaptación, etc.

### 3. LAS EMPRESAS

**Las empresas se encuentran implicadas en materia de conciliación**, ya que se trata de una cuestión de interés general, que además afecta al mercado de trabajo y en concreto a las circunstancias que rodean el desempeño de la actividad laboral. Igualmente, **se encuentran comprometidas con la evolución de la sociedad**, con el propósito de incrementar el empleo y por supuesto con la incorporación natural de la mujer en el ámbito laboral en condiciones de igualdad de trato y oportunidades.

Como se definió en el apartado correspondiente al marco legislativo nacional, las principales obligaciones que se derivan para las empresas en esta materia se configuran mediante la concesión de diversos permisos parentales, y otras medidas de carácter no obligatorio y principalmente vinculadas a la flexibilidad en el trabajo. Tal y como se analizaba anteriormente, su concesión se encuentra condicionada a varios factores de la empresa, como pudiera ser su tamaño, el sector en el que se encuadra su actividad y su situación económica, debiéndose tener en cuenta inevitablemente sus necesidades, su sostenibilidad, y en definitiva las posibilidades existentes para poder facilitar dichas medidas de flexibilidad.

En el apartado séptimo se desarrollará con mayor detenimiento el papel de la negociación colectiva como principal mecanismo para que, de forma conjunta, empresas y trabajadores definan aquellas medidas de conciliación que se adaptan de mejor manera al desarrollo de cada actividad y en el marco de la propia empresa.

Los estilos de dirección están evolucionando, teniendo un impacto positivo en el clima laboral, la satisfacción y los niveles de conciliación. Las empresas no son ajenas a los beneficios asociados a este desarrollo, observándose un mayor compromiso en el liderazgo de las mismas, en este sentido se pueden destacar entre otras **mejoras derivadas de la conciliación** la reputación global de la firma, la reducción del absentismo injustificado y la rotación no deseada, el compromiso de los trabajadores, las relaciones laborales reduciendo conflictividad y proporcionando paz social, etc.

La **conciliación ha de verse con una mirada distinta**, como un elemento fundamental para la gestión de las personas, del talento y la flexibilidad hacia el futuro, **debiéndose integrar en las características individuales de cada situación y dentro de cada empresa, prestando atención a las especificidades de cada una de ellas.**

### 4. LOS TRABAJADORES

Los trabajadores como principales destinatarios de las medidas de conciliación de la vida laboral y familiar, deben hacer **uso de estas medidas de manera comprometida y responsable.**

Resulta imprescindible avanzar hacia una mayor corresponsabilidad de hombres y mujeres en el ámbito familiar y para ello es esencial un **cambio cultural y de tendencias**, debiéndose en todo caso **conciliar las circunstancias personales de los trabajadores y las necesidades de las empresas.**

## 5. EL SISTEMA EDUCATIVO, LA FAMILIA Y LA SOCIEDAD EN SU CONJUNTO

Como se ha venido reiterando, a pesar de la evolución de nuestra sociedad, aún se siguen observando tendencias socioculturales que sin duda inciden en la participación laboral de la mujer y en la asunción del rol de cuidadora de menores y dependientes, así como otras tareas extralaborales.

Son muchos los factores que inciden en estas tendencias y sobre los que se debería actuar desde las **etapas educativas más tempranas, en el ámbito familiar, en los medios de comunicación, en las relaciones sociales y en cualquier otro ámbito** en el que se pueda incidir en el necesario cambio cultural, permitiendo efectivamente alcanzar situaciones reales de igualdad de género en todos los aspectos y a todos los niveles.

Normalmente se suelen dirigir todos los esfuerzos para la defensa y promoción de la igualdad de género al ámbito laboral, y aunque sin duda las medidas de igualdad en la empresa son necesarias, sin embargo, no deberían ser las únicas, pues claramente muchas de las situaciones que se producen en el mercado de trabajo son reflejo de lo que ocurre en la sociedad y se encuentran marcadas por distintos aspectos como inercias, presiones, desigual formación, reparto sexista en el seno de la familia, etc.

Por tanto, además de las medidas que ya se adoptan en el ámbito laboral, **se debería insistir en otros focos de atención, pues si no se educa, conciencia y sensibiliza en materia de igualdad y corresponsabilidad en todos los ámbitos, será imposible lograr un cambio cultural tan necesario actualmente.**

## VI. EL DEBATE DE LA CONCILIACIÓN Y LOS HORARIOS DE LOS ESPAÑOLES

Los horarios y la conciliación han entrado con fuerza en la agenda política y social, con propuestas como que la **jornada acabe a las seis y un cambio en el huso horario.**

El Gobierno propuso recientemente ante la Comisión de Empleo del Congreso un **pacto político y social por la conciliación y la racionalización de horarios**, pidiendo para ello el compromiso de las empresas más grandes y de las asociaciones empresariales y sindicales.

Es materia de debate la distribución del tiempo de trabajo en España, en un modelo que se ha convertido en un "hecho diferencial" con el resto de Europa, pues si bien los inicios de la jornada son igualmente tempranos, la finalización es en general mucho más tarde, sin que por ello nuestra productividad sea mayor. Existen múltiples elementos culturales que confluyen en este esquema laboral, la jornada partida, el clima, el alto valor que culturalmente tiene el componente de vida social y de disfrute fuera del hogar, los horarios de las televisiones, el gusto por la vida nocturna, etc.

La diversidad de sectores de actividad hace que los condicionantes sean a su vez diversos, no debiendo simplificarse o banalizarse la cuestión. La importancia estratégica del turismo o la hostelería, por ejemplo, como motores de actividad en nuestro país, reflejan la complejidad de cualquier propuesta de modificación.

Los mismos que afirman la necesidad o el deseo de acabar antes, son los que quieren o necesitan que al finalizar su jornada otros servicios estén abiertos y disponibles para ellos. Pongamos como ejemplo que queremos que las guarderías abran antes o cierren más tarde precisamente para poder conciliar, o que el gimnasio esté abierto cuando terminamos de trabajar, y por supuesto los supermercados, tiendas, cines, restaurantes y demás establecimientos de servicios y ocio. En todos ellos hay a su vez trabajadores, y su valor está incrementado por su disponibilidad a dar servicio a sus clientes, el conjunto de los ciudadanos.

La globalización y la creciente internacionalización de las empresas hacen que la necesidad de viajar, trabajar con equipos desplazados y competir en resultados sea cada vez mayor, creando a su vez tensiones en materia de horarios laborales y conciliación.

Es por ello necesario promover el análisis riguroso y plantear cambios culturales progresivos que permitan racionalizar la presencia en el puesto de trabajo, optimizando la productividad durante el horario laboral, y que así mismo respeten y promuevan aquellos valores y servicios que nos caracterizan como sociedad, nos impulsan económicamente y contribuyen a nuestro desarrollo.

## VII. LA IMPORTANCIA DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN LA CONCILIACIÓN

Como se ha venido evidenciando, nuestro tejido empresarial es extremadamente diverso y se encuentra compuesto por diferentes tipos de empresas atendiendo, entre otras cuestiones, a su sector económico y a su tamaño, con claro **predominio de PYMEs y microempresas**, tal y como se muestra en la siguiente tabla:

EMPRESAS SEGUN TAMAÑO DE LA EMPRESA POR SECTOR DE ACTIVIDAD								
SECTORES DE ACTIVIDAD	TOTAL	De 1 a 2 trabajadores	De 3 a 5 trabajadores	De 6 a 9 trabajadores	De 10 a 49 trabajadores	De 50 a 249 trabajadores	De 250 a 499 trabajadores	Más de 499 trabajadores
Agrario	90.628	57.175	17.718	7.173	7.546	903	75	38
Industria	109.655	39.289	24.517	14.999	24.724	5.181	590	355
Construcción	122.633	64.187	29.100	13.443	14.478	1.321	59	45
Servicios	993.220	557.674	220.028	93.098	102.553	16.545	1.736	1.586
<b>TOTAL</b>	<b>1.316.136</b>	<b>718.325</b>	<b>291.363</b>	<b>128.713</b>	<b>149.301</b>	<b>23.950</b>	<b>2.460</b>	<b>2.024</b>

Fuente: MEYSS. Datos a 30 de septiembre de 2017

El sector **Servicios**, que representa el 75,5% de todas las empresas incluye fundamentalmente a aquellas dedicadas a hostelería, transporte y almacenamiento, información y comunicaciones, comercio, actividades financieras y de seguros, actividades inmobiliarias, profesionales, científicas y técnicas, actividades administrativas y de servicios auxiliares, educativas, sanitarias y de asistencia social y otro tipo de actividades sociales, incluidos los servicios personales. Las empresas del sector de la **Construcción** representan el 9,3% del total, las de la **Industria** el 8,3% y las del sector **Agrario** el 6,9%.

Desde el punto de vista del **tamaño**, medido en número de asalariados, el tejido empresarial español se caracteriza por la presencia de empresas de reducida dimensión, destacándose que el **76,7% de las mismas tienen 5 o menos asalariados**, y sólo el 2,2% del total de las empresas tienen 50 o más trabajadores. Según datos del Ministerio de Empleo y Seguridad Social, a 30 de septiembre de 2017, sólo un 0,2% de empresas tenían más de 499 trabajadores.

Teniendo en cuenta estos datos resulta evidente que **se debe atender a las necesidades de cada empresa a la hora de configurar las medidas de conciliación necesarias, así como a las propias necesidades de los trabajadores**, que también pueden variar de unos a otros. Con este fin, la **importancia que asumen los convenios colectivos es innegable**, como se puede observar en las continuas remisiones del propio Estatuto de los Trabajadores a la negociación colectiva y teniendo en cuenta que la negociación colectiva cumple una función individualizadora de las relaciones laborales, adaptando el marco legal a las necesidades de las empresas y los trabajadores.

El interés por la negociación colectiva en materia de la conciliación de la vida laboral y familiar, también se puede apreciar en el ámbito del diálogo social y en concreto en el texto del **III Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2015, 2016 y 2017**, que en el apartado 6 del Capítulo II hace referencia a la necesidad de “seguir avanzando en la conciliación de la vida personal, laboral y familiar, que debemos compatibilizar con una mayor competitividad de las empresas, a cuya consecución puede contribuir la negociación colectiva por su proximidad a las necesidades de empresas y trabajadores”.

Los **estudios** llevados a cabo **en materia de negociación colectiva** ponen de manifiesto la implicación de las empresas para tratar de adaptarse, dentro de sus especificidades y posibilidades, a las situaciones que se derivan de la necesidad de conciliación por parte de los trabajadores, regulando aspectos como la organización del tiempo de trabajo o aquellos

relacionados con el embarazo, la maternidad, la paternidad, adopción y acogimiento, etc. Asimismo, en ocasiones se contemplan especificaciones sobre permisos laborales, excedencias y/o movilidad geográfica.

CLÁUSULAS DE ASPECTOS RELACIONADOS CON CONCILIACIÓN		
TIPOS DE CLAUSULAS	CONVENIOS %	TRABAJADORES %
Medidas para conciliar la vida personal, familiar y laboral	43,01	45,67
Adaptación de jornada	29,53	31,87
Reducción de jornada	30,11	35,21
Permisos retribuidos por circunstancias familiares o personales	60,3	57,61
Duración de los permisos	52,19	48,76
Inclusión de nuevos permisos	46,07	45,95
Medidas en materia de excedencia por cuidado de familiares	20,93	36
Acumulación de la lactancia en jornadas completas	48,3	67,25
Acciones positivas para la adaptación de la jornada laboral a la vida familiar	7,28	10,16

Fuente: Estadística de convenios colectivos MEYSS. Datos registrados hasta diciembre de 2016.

Como se puede apreciar son varios los elementos que se barajan en el ámbito de la negociación colectiva, debiéndose en cualquier caso tener en cuenta las necesidades y posibilidades de la empresa para hacer frente a las situaciones que se presenten en materia de conciliación.

Por tanto, sería apropiado reenfocar la actual situación, evaluando en su conjunto la eficacia de las medidas utilizadas en el ámbito de la conciliación e identificando rigideces en el sistema que impiden atender a una realidad heterogénea y nos colocan en peor situación respecto a los países de nuestro entorno. Para este objetivo, resulta preciso apostar por la negociación colectiva como instrumento para la determinación de soluciones adecuadas a empresas y trabajadores dentro de las especificaciones de cada sector de actividad, respetando al tiempo la individualidad de cada empresa.

Ello lógicamente ha de venir acompañado de una **garantía de servicios públicos** para el cuidado de menores y dependientes que implique a toda la sociedad en el avance de una realidad que aún carece de soluciones adecuadas para una verdadera conciliación de la vida laboral y familiar, siendo el acuerdo entre empresas y trabajadores un complemento a aquéllos.

En este contexto, se debería promover en el ámbito de la negociación colectiva el impulso de medidas y herramientas que favorezcan una conciliación racional y coherente, no basada exclusivamente en el aumento de permisos, sino con la que se obtenga un **equilibrio eficaz entre las necesidades de la empresa y las de los trabajadores**.

## VIII. CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

### 1. CONCLUSIONES

1. Las transformaciones de la sociedad en todos los ámbitos: demográfico, cultural y económico, están íntimamente relacionadas con el aumento de la participación laboral, siendo uno de los retos actuales dar respuesta a la complejidad de equilibrios que plantea el desarrollo de la vida laboral y la vida familiar. **La conciliación es un elemento de transacción fundamental para afrontar los retos que se derivan de las tendencias demográficas, especialmente del envejecimiento de la población.**
2. La sociedad debe asumir que **la necesidad de conciliación va más allá de la igualdad por razón de género**, pues aunque sirva como herramienta para la misma, la conciliación afecta tanto a hombres como a mujeres. Se debe completar la transición hacia un nuevo modelo de implicación plena de los

hombres en las tareas del hogar y los cuidados de la familia pues la conciliación es tarea de todos y, casi siempre, debe empezar en casa.

3. Aunque es cierto que existe una menor utilización por parte de los hombres de las medidas existentes en conciliación, que se debe en gran medida a cuestiones culturales y no únicamente a la estructura de las mismas, **el objetivo de la conciliación no puede ser que los hombres abandonen o limiten su participación en el mercado laboral** para facilitar la participación laboral femenina, con independencia de que sea necesario incidir en la adopción de medidas que fomenten la corresponsabilidad.
4. La conciliación no sólo tiene **impacto directo en el desarrollo presente de la igualdad de oportunidades de acceso y permanencia en el empleo de las mujeres, sino en aspectos de futuro, como la demografía y las estructuras familiares** de las próximas décadas, por su impacto en la natalidad, educación y cuidado del menor, en el futuro del sistema de pensiones o el mantenimiento de la responsabilidad y solidaridad en el cuidado y atención a personas dependientes.
5. Las **medidas de conciliación más utilizadas actualmente podrían generar efectos ralentizadores del desarrollo profesional**, como la interrupción de las carreras laborales o la reducción del tiempo de trabajo, y podrían afectar a la promoción en el trabajo, a los periodos de cotización y por consiguiente también a las pensiones, a otras prestaciones y al propio sistema de Seguridad Social, al disminuir el ingreso por cotizaciones.
6. Las **políticas públicas existentes resultan insuficientes** para alcanzar un nivel óptimo de conciliación que permita moverse flexiblemente entre las responsabilidades laborales y familiares y facilite una mayor participación laboral. Entre otros motivos, porque existe una falta de oferta que sea asequible, coincidente con los horarios laborales y con los periodos de vacación escolar y con las necesidades de atención a personas dependientes.

Además, se están produciendo diversos problemas en la puesta en marcha de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de Promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de dependencia, que está ahondando en estas dificultades.

7. La **conciliación de la vida laboral y familiar es un objetivo de interés general**, que afecta y preocupa a todos y sobre la que se tiene que trabajar conjuntamente, no pudiendo bascular exclusivamente esta responsabilidad sobre las empresas.

Normalmente se suelen dirigir todos los esfuerzos para la defensa y promoción de la igualdad de género al ámbito laboral, y aunque sin duda las medidas de igualdad en la empresa son necesarias, sin embargo no deberían ser las únicas, pues claramente muchas de las situaciones que se producen en el mercado de trabajo son reflejo de lo que ocurre en la sociedad y se encuentran marcadas por distintos aspectos como inercias, presiones, desigual formación, reparto sexista en el seno de la familia, etc. Por tanto, además de las medidas que ya se adoptan en el ámbito laboral, se debería insistir en otros focos de atención, pues **si no se educa, conciencia y sensibiliza en materia de igualdad y corresponsabilidad en todos los ámbitos, será imposible lograr un cambio cultural tan necesario actualmente.**

8. Entre los **corresponsables** que participan en esta materia se deben destacar, además de a las empresas, a **la Administración Pública, a los trabajadores, a las familias, al sistema educativo y a la sociedad en su conjunto.**

9. Resulta **extremadamente complejo diseñar una única fórmula para implantar medidas de conciliación aplicable por todas las empresas con carácter general**, pues no todas las empresas son iguales ni tienen las mismas capacidades de asumir los retos de conciliación. Se debe atender, entre otras cuestiones, al tamaño de las mismas y a las peculiaridades de cada sector.
10. Asimismo, más allá de la voluntad de la empresa para llegar a un acuerdo con el trabajador sobre las distintas opciones de flexibilidad que se pueden adoptar, **hay que tener en cuenta la posibilidad que tiene la empresa y la viabilidad de la medida a llevar a cabo**, y atender a otras cuestiones imprescindibles como pudieran ser la productividad y competitividad de las empresas, sin las que sería imposible el mantenimiento y creación de empleo.

## 2. PROPUESTAS

1. Adoptar un **enfoque múltiple** para ofrecer vías reales de conciliación para mujeres y hombres. La conciliación no debe basarse sólo en la herramienta de permisos, excedencias y reducciones de jornada que aportan rigidez a la organización de las empresas y perjudican el desarrollo profesional y la participación laboral de los trabajadores, con las consecuencias que de ello se derivan. En cualquier caso, y atendiendo a la influencia de esta materia en el ámbito de las relaciones laborales, no se deberían adoptar medidas fuera del marco del diálogo social. Además debería reconocerse la importancia de la participación institucional y poner en valor el papel de los interlocutores sociales.
2. Incidir en la elaboración de **políticas de empleo efectivas** que incrementen la participación laboral equitativa de hombres y mujeres, para lo que resulta necesario contar con los interlocutores sociales.
3. Garantizar una **mayor infraestructura de servicios de atención a niños y a mayores dependientes**, etc. Dichos servicios deben ser asequibles, accesibles, suficientes y de calidad, debiéndose prestar especial atención a los horarios y vacaciones escolares.

Se ha de tener en cuenta que con la implantación de esta medida se permitiría la conciliación a los trabajadores evitando su abandono total o parcial del mercado de trabajo y se fomentaría la creación de más puestos de trabajo para la puesta en marcha y prestación de dichos servicios.

En este sentido, se debería facilitar el acceso a centros para menores de 3 años e incidir en su coste y calidad. Igualmente se deberían solucionar los problemas que están surgiendo en la implantación del SAAD, con el propósito de poder garantizar un marco estable de recursos y servicios, principalmente enfocado a la prestación de estos últimos.

4. **Implantar ayudas, subsidios y otros beneficios destinados a las familias**, con independencia de las ayudas referidas a la adquisición de servicios de atención y educación de menores, así como de personas dependientes, como por ejemplo, contemplar ayudas económicas por nacimiento de hijo y en sus primeros dos años de vida, con cargo a Presupuestos Generales, que sean realmente compensatorias de gastos e incentivadoras de la natalidad, avanzando hacia **políticas familiares eficaces**.
5. Incidir en la necesaria **desgravación fiscal** de elementos como el empleo doméstico también utilizado como mecanismo para la conciliación y en el tratamiento fiscal en el caso de un segundo sustentador familiar.
6. Establecer **medidas de ayuda públicas para las empresas**, citándose entre otros muchos ejemplos la posibilidad de poder contar con la persona que va a suplir a la



trabajadora de baja por maternidad un tiempo antes de la baja para aprender las tareas que desempeñará durante la sustitución o para la implantación de medidas de conciliación que necesiten un desarrollo tecnológico u organizativo.

7. Llevar a cabo otras **medidas sociales**, como la realización de actividades de
8. concienciación que, entre otras cuestiones, se dirijan a **fomentar la corresponsabilidad** en el ámbito doméstico y de cuidados de la familia.

Para ello, no se debe olvidar el papel del sistema educativo y comenzar con ésta actividad de sensibilización y conciliación desde las etapas educativas más tempranas.

9. Reenfocar la actual situación, **evaluando en su conjunto la eficacia de las medidas utilizadas en el ámbito de la conciliación e identificando rigideces en el sistema** que impidan atender a una realidad heterogénea. Para este objetivo, resulta preciso apostar por la negociación colectiva y la individualidad de cada empresa para la determinación de soluciones adecuadas, tanto para empresas como para trabajadores, dentro de las especificaciones de cada sector de actividad y del tamaño de las mismas.
10. **Analizar en profundidad, en línea con la propuesta anterior, las medidas existentes en otros países y sus efectos reales, e impulsar aquellas medidas y herramientas que favorezcan una conciliación racional y coherente**, en la que se obtenga un equilibrio eficaz entre las necesidades de la empresa en el servicio a sus clientes/ciudadanos y las de los trabajadores/ciudadanos.
11. Avanzar en los **análisis sobre los horarios de los españoles**, haciendo compatible el respeto a nuestra cultura, costumbre y valores, con la evolución a una racionalización de la presencia en el puesto de trabajo, y una mejora de la productividad, adelantando en lo posible la finalización de la jornada.

## IX. ANEXO I. COMPARATIVA EUROPEA TENDENCIAS EN MATERIA DE CONCILIACIÓN

PAIS	MATERNIDAD		PATERNIDAD		EXCEDENCIAS	
	DURACIÓN	PRESTACIÓN	DURACIÓN	PRESTACIÓN	DURACIÓN	PRESTACIÓN
ALEMANIA	14 semanas (6 antes del nacimiento y 8 después, éstas últimas son obligatorias)	100% del salario	NO	NO	156 semanas hasta que el niño cumpla 3 años a disfrutar por cada progenitor	67% del salario durante los primeros 12 meses y si los progenitores disfrutan al menos dos meses cada uno, se podrá acceder al total del subsidio hasta 14 meses
AUSTRIA	16 semanas obligatorias (8 antes del nacimiento y 8 después)	100% del salario	20 días laborales	No retribuido	OPCIÓN 1: 36 meses (30 si no se comparte) OPCIÓN 2: 24 meses (20 si no se comparte) OPCIÓN 3: Hasta 18 meses (15 si no se comparte) OPCIÓN 4: Hasta 14 meses (12 si no se comparte) OPCIÓN 5: Hasta 14 meses (12 si no se comparte)	OPCIÓN 1: 4400 € OPCIÓN 2: 6300 € OPCIÓN 3: 806 € OPCIÓN 4: 1.000 € OPCIÓN 5: 80% salario Máx. 2.000 €
BÉLGICA	15 semanas de las que 10 días son obligatorias, 1 antes del nacimiento y 9 días después	82% del salario durante los 30 primeros días y 75% el resto de los días (hasta un máximo)	10 días laborales de los que 3 días son obligatorios	100% del salario durante 3 días y 82% el resto de los días	4 meses a tiempo completo por progenitor 8 meses a tiempo parcial 20 meses 1/3 del permiso	Cuantía fija
BULGARIA	58-57 semanas de las que 45 días son obligatorios	90% del salario	15 días (11 días laborales)	90% salario	26 semanas (Solo para mujeres salvo que decidan transferir parte al padre)	90% del salario
CHIPRE	18 semanas	72% del salario. Los progenitores reciben una ayuda por nacimiento	NO	NO	18 semanas por cada progenitor	No retribuido
CROACIA	98 días (28 antes y 70 después del nacimiento)	100% del salario	7 días laborales si la madre los transfiere	100% del salario	6 meses de los que 2 no pueden transferirse pero se podrían prolongar dos meses más si el padre disfruta 3 meses	100% del salario durante 6 meses el resto 50% del salario
DINAMARCA	18 semanas siendo obligatorias las dos primeras después del nacimiento (4 antes del nacimiento y 14 semanas después)	100% del salario hasta un máximo	14 días consecutivos (11 días laborales)	100% del salario	32 semanas por progenitor pero los padres sólo perciben subsidio cuando el niño ha cumplido 70 días	100% del salario
ESLOVAQUIA	34 semanas obligatorias (6-8 semanas antes del nacimiento)	65% del salario hasta un máximo	NO	NO	Hasta que el niño cumpla 3 años a disfrutar por un solo progenitor	Cuantía fija
ESLOVENIA	105 días naturales de los que 15 son obligatorios (4 semanas del nacimiento antes y 11 después)	100% del salario hasta un máximo	90 días naturales	100% del salario hasta un tope durante 15 días el resto se percibe una cuantía fija	260 días naturales a disfrutar 130 días cada progenitor. La madre puede transferir 100 días al padre mientras que 30 días son transferibles al padre. El padre puede transferir los 130 días a la madre	Igual que los primeros 15 días del permiso de paternidad
ESPAÑA	16 semanas de las que 6 son obligatorias y 10 pueden transferirse al padre (6 semanas después del nacimiento)	100% del salario hasta un máximo	4 semanas ininterumpidas	100% del salario con un tope	156 semanas hasta que el niño tenga 3 años a disfrutar por cada progenitor	No retribuido
ESTONIA	140 días naturales todos obligatorios	100% del salario	10 días laborales	100% del salario	156 semanas hasta que el niño tenga 3 años a disfrutar por cada progenitor	100% del salario con tope de 435 días a partir de los que se percibirá cuantía fija
FINLANDIA	17,5 semanas (Obligatorio disfrutar dos semanas antes y después del nacimiento)	90% del salario durante los primeros 36 días y después 70% del salario con un tope máximo	54 días (18 días pueden disfrutarse simultáneamente con la madre y el resto debe disfrutarse desde que finalice el permiso de maternidad)	75% del salario hasta un tope, durante los primeros 30 días, si se disfruta después del permiso de maternidad/ 70% del salario hasta un tope, durante el resto de los días y si se disfruta durante permiso de maternidad	158 días laborales	75% del salario hasta un máximo de 30 días y después 70% del salario con un máximo
FRANCIA	16 semanas obligatorias (al menos dos semanas antes del nacimiento)	100% del salario hasta un máximo (no existe tope para el Sector Público)	11 días laborales (deben disfrutarse en los 4 meses siguientes al nacimiento)	100% del salario con un tope (No hay tope en el Sector Público)	156 semanas hasta que el niño tenga 3 años a disfrutar por cada progenitor incluso simultáneamente	Cuantía fija por hogar
GRECIA	17 semanas (8 antes del nacimiento y 9 después)	100% del salario	2 días laborales	100% del salario	SECTOR PRIVADO: 4 meses por progenitor SECTOR PÚBLICO: 2 años por progenitor	SECTOR PRIVADO: No retribuido SECTOR PÚBLICO: No retribuido, salvo para el caso de 3 o más niños que se pagan 3 meses 100%
HUNGRÍA	24 semanas de las cuales son obligatorias 2	70% del salario	5 días laborales (deben disfrutarse durante los primeros dos meses tras el nacimiento)	100% del salario	OPCIÓN 1: 136 semanas a disfrutar por cada progenitor para progenitores no asegurados OPCIÓN 2: Desde la finalización del permiso de maternidad hasta que el niño cumpla dos años pero solo para padres asegurados y el primer año solo para la madre OPCIÓN 3: 156 semanas a disfrutar por cada progenitor para progenitores asegurados y el primer año solo para la madre	OPCIÓN 1: Cuantía fija OPCIÓN 2: No retribuido OPCIÓN 3: 70% del salario hasta un máximo

## Protección a la Familia y Seguridad Social. Hacia un nuevo modelo de protección sociolaboral

PAIS	MATERNIDAD		PATERNIDAD		EXCEDENCIAS		PRESTACION
	DURACION	PRESTACION	DURACION	PRESTACION	DURACION	EXCEDENCIAS	
IRLANDA	42 semanas (al menos dos semanas antes del nacimiento)	Cuánta fija por semana durante 26 semanas. Las 16 restantes no son retribuidas, las madres con prestaciones sociales tienen derecho a un subsidio parcial por maternidad	NO	NO	18 semanas por progenitor y niño, no transferible pero puede disfrutarse simultáneamente por progenitores del mismo sexo		NO RETRIBUIDO
ITALIA	20 semanas obligatorias (al menos 4 semanas antes del nacimiento)	85% del salario	1 día de permiso obligatorio y puede disfrutarse dos días más si la madre los transfiere		SECTOR PRIVADO: Cada progenitor puede disfrutar 6 meses y como más. 10 meses. Si el padre disfruta al menos 3 meses se amplía el máximo a 11 meses y el padre puede disfrutar 7 meses. Se puede disfrutar simultáneamente por los progenitores		SECTOR PRIVADO: Si el niño es menor de 3 años 30% del salario, si el niño tiene de 3 a 8 años no retribuido salvo que el salario anual sea inferior al 2,5 del salario mínimo en cuyo caso cada progenitor podrá percibir el 30 % de su salario SECTOR PÚBLICO: 100% del salario durante los primeros 30 días
LETONIA	16 semanas (2 semanas antes del parto y dos semanas después son obligatorias)	80% del salario bruto	10 días naturales (8 días laborables)		78 semanas por progenitor		70% del salario pero sólo para uno de los progenitores
LITUANIA	18 semanas (70 días antes del nacimiento y 50 días después)	100% del salario hasta un máximo	28 días después del nacimiento		156 semanas a disfrutar por cada progenitor hasta que el niño cumpla 3 años		100% salario hasta que menor cumpla 12 meses - 70% salario hasta que el niño cumpla 24 meses. No retribuido después.
LUXEMBURGO	16 semanas obligatorias (8 semanas antes del nacimiento y 8 semanas después)	100% del salario hasta un máximo	2 días laborables		6 meses por progenitor. No se puede disfrutar simultáneamente, si ambos lo solicitan al mismo tiempo la madre tiene prioridad. El primer progenitor que disfrute el permiso deberá hacerlo a continuación del permiso de maternidad		Cuánta fija
MALTA	18 semanas	100% del salario durante 14 semanas y el resto una cuantía fija	2 días laborables		4 meses por progenitor		NO RETRIBUIDO
PAÍSES BAJOS	16 semanas obligatorias (4-6 semanas antes del nacimiento y 10-12 semanas después)	100% del salario hasta un máximo	2 días laborables		26 veces el número de horas de jornada por semana por progenitor y por niño. Se disfrutará a tiempo parcial		NO RETRIBUIDO
POLONIA	26 o 52 semanas de las cuales 14 semanas son obligatorias	26 semanas 100% del salario mientras 80% del salario durante 120 días o 80% durante 150 días si no se comparte el permiso	2 semanas		34 meses por familia, con un mes de derecho individual al padre y otro mes a la madre. Se debe disfrutar en el periodo de maternidad y hasta que el niño cumpla 5 años		Cuánta fija
PORTUGAL	120 o 150 días naturales siendo obligatorias 45 días después del nacimiento (30 días extra si se comparte el permiso por los padres)	100% del salario durante 150 días y 83% del salario durante 180 días si se comparte el permiso	20 días laborables		3 meses por progenitor		25% del salario
REPÚBLICA CHECA	28 semanas de las cuales son obligatorias 14 semanas (6-8 semanas antes del nacimiento)	70% del salario hasta un máximo	NO		156 semanas a disfrutar por cada progenitor e incluso la posibilidad de disfrutar la excedencia de forma concurrente con el permiso parental o de maternidad		70% del salario
REINO UNIDO	52 semanas de las que son obligatorias 2 después del nacimiento	90% del salario durante 6 semanas, una cuantía fija durante 33 semanas y 13 semanas no retribuidas	14 días naturales (10 días laborables) también para progenitores del mismo sexo		18 semanas por cada progenitor y por niño		NO RETRIBUIDO
RUMANIA	18 semanas	85% del salario	5 días laborables (10 días si el padre atiende a los cursos de cuidado infantil)		OPCIÓN 1: Subsidio mensual hasta que el niño cumpla 12 meses, y hasta los 24 meses si el padre decide ir a trabajar, sino, éstos últimos 12 meses son no retribuidos OPCIÓN 2: Subsidio mensual inferior al anterior hasta que el niño cumpla 2 años si el padre decide ir a trabajar antes que el niño, cumple un año se retribuye lo mismo que en la opción 1 durante el periodo de 1 a 2 años		OPCIÓN 1: 85% del salario hasta un máximo y un incentivo si el progenitor vuelve al trabajo OPCIÓN 2: 85% del salario con un máximo inferior al anterior y un incentivo si el progenitor vuelve al trabajo
SUECIA	14 semanas de las que son obligatorias 2	80% del salario	10 días		480 días por familia, 60 días reservados a cada progenitor que no son transferibles. De los 360 días restantes, la mitad están reservados a cada progenitor, si los días son transferibles de uno a otro el progenitor deberá cumplimentar un formulario de consentimiento		77,6% del salario durante 390 días y 90 días de subsidio con cuantía fija

[http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/509999/IPOL\\_STU\(2015\)509999\\_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2015/509999/IPOL_STU(2015)509999_EN.pdf). Informe "Maternity, paternity and parental leave: Data related to duration and compensation rates in the European Union"



## CAPÍTULO II. ¿EL TRABAJO Y LA FAMILIA SON COMPATIBLES?

TERESA DÍAZ DE TERÁN

*Directora del Departamento Socio-laboral de CEPYME*

Quiero empezar por agradecer a la Asociación Española de Seguridad Social y a su presidente la invitación a participar en este Décimo Quinto Congreso Nacional. CEPYME viene participando a través de diferentes colaboraciones con la Asociación Española de Salud y Seguridad Social siendo un honor poder participar en esta ocasión tratando de ofrecer el punto de vista empresarial desde la perspectiva de la pequeña y mediana empresa y como interlocutores sociales.

### I. CONSIDERACIONES GENERALES

La conciliación de la vida familiar y el trabajo es un desafío en el que como sociedad debemos estar todos implicados: la familia, el sistema educativo, la administración, la empresa y los trabajadores y los medios de comunicación.

En momentos como los actuales, todos los esfuerzos que se puedan realizar para conseguir optimizar la actividad de las empresas que redunden en un mayor bienestar de los trabajadores y de la sociedad deben ser especialmente valorados.

Los planteamientos desde la perspectiva empresarial no pueden obviar uno de los principales instrumentos ordenadores de las relaciones laborales “la negociación colectiva”

Como Organización que afilia a Organizaciones de Pequeñas y Medianas Empresas de muy diferente índole y con intereses muy distintos, las empresas a las que representa, y que componen el tejido productivo, tienen ajustada su actividad productiva a los actuales horarios que existen en España, enmarcados en el ámbito de la Negociación Colectiva y de la autonomía de la voluntad de los negociadores.

Se es consciente de que la conciliación de la vida personal, laboral y familiar es una aspiración creciente en las sociedades modernas, que se debe compatibilizar con una mayor competitividad y productividad de las empresas.

Las transformaciones de la sociedad en todos los ámbitos: demográfico, cultural y económico, están íntimamente relacionadas con la progresiva y creciente participación laboral de las mujeres, lo que sin duda refleja un avance para la sociedad que no tiene marcha atrás.

Uno de los retos actuales es dar respuesta a la complejidad de equilibrios que plantea el desarrollo de la vida laboral y la vida familiar, y para ello es patente la necesidad de evolucionar en muchos ámbitos.

Cambios culturales profundos deben seguir impulsando la naturalidad de la integración de hombres y mujeres en la vida productiva activa sin que se creen desequilibrios insostenibles e innecesarios. En particular, sería oportuno abordar la forma en que se asumen los cuidados de las familias, que tradicional y mayoritariamente han venido llevando a cabo las mujeres.

La conciliación de la vida laboral y familiar se ha presentado a menudo como una disyuntiva entre los intereses de la empresa y los intereses del trabajador, en una interpretación a veces simplista de un asunto mucho más complejo.

En la práctica, la dificultad de la conciliación no se debe a la falta de voluntad, sino a que los intereses en conflicto suelen ser múltiples: los intereses legítimos de la persona implicada, su pareja

y su familia por un lado y las responsabilidades de la empresa por otro, pero también a veces afecta a los intereses legítimos de otros trabajadores, compañeros de empleo, que de una u otra forma deben suplir tiempos o espacios de conciliación cedidos al primero, e incluso puede chocar con los intereses de los clientes o consumidores, que esperan ser atendidos en horarios más flexibles, aperturas más amplias o periodos de entrega más cortos. Todo ello, hace que, pese a que la intención de la sociedad y de las empresas es facilitar al máximo la conciliación, la solución es complicada.

## II. NEGOCIACIÓN COLECTIVA, CONCILIACIÓN E IGUALDAD

Desde el diálogo social y desde la negociación colectiva se trata de contribuir al objeto de conseguir la conciliación entre trabajo y familia. Los distintos acuerdos firmados por las Organizaciones sindicales CCOO y UGT y las empresariales CEOE y CEPYME contienen recomendaciones a los negociadores en materia ordenación del tiempo de trabajo y referencias a la conciliación.

Las Organizaciones empresariales y sindicales comparten la necesidad de promover la igualdad de trato y oportunidades en el empleo para responder, tanto a la diversidad del mercado de trabajo, como para maximizar el impacto y los beneficios que tienen en las empresas la presencia de plantillas heterogéneas en términos de sexo, edad, orientación sexual, nacionalidad, origen racial o étnico, discapacidad, convicciones religiosas.

Pero además de este aspecto es preciso seguir avanzando en la conciliación de la vida personal, laboral y familiar, que debe ser compatible con una mayor competitividad de las empresas, a cuya consecución puede contribuir la negociación colectiva por su proximidad a las necesidades de empresas y trabajadores.

Asegurar la igualdad, estableciendo, en su caso, medidas o criterios en la negociación colectiva que contribuyan a superar posibles situaciones de desigualdad en que se puedan encontrar las personas en el ámbito laboral, por estas u otras circunstancias personales y/o sociales, tiene un efecto positivo que va más allá del propio centro de trabajo y de aquellos a quienes se aplica un convenio colectivo.

Un efecto que alcanza al conjunto de la sociedad porque el empleo en igualdad es el principal elemento de integración social de todas las personas y el motor del desarrollo y la cohesión de una sociedad. La negociación colectiva, nos permite a las Organizaciones sindicales y empresariales, contribuir a la igualdad respondiendo a la diversidad actual de las plantillas y de la sociedad y en materia de Igualdad de género, más concretamente, hemos ofrecido recomendaciones a los negociadores en el siguiente sentido:

- Incluir criterios en materia de igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres, a tener en cuenta en la negociación colectiva, sobre: incorporación de cláusulas de acción positiva; establecimiento de sistemas de selección, clasificación, promoción y formación; eliminación de denominaciones sexistas en la clasificación profesional; subsanación de diferencias retributivas.
- Incorporar medidas o criterios que mejoren el acceso al empleo, la promoción y la formación, prestando especial atención a la contratación de mujeres en aquellos sectores en los que se encuentren subrepresentadas.
- Trasladar aquellas materias que el Estatuto de los Trabajadores o la Ley Orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres reenvían a la negociación colectiva o al acuerdo con el empresario.
- Abordar en el ámbito sectorial criterios relativos a los contenidos de los Planes de igualdad referidos a sus ámbitos de aplicación, evaluación, seguimiento, administración y resolución de las discrepancias.

- Establecer medidas de conciliación de la vida laboral y personal/familiar que compatibilicen las necesidades de los trabajadores y de las empresas.
- Abordar la prevención del acoso sexual y el acoso por razón de sexo, a través de medidas de prevención como la negociación de protocolos de actuación que permitan erradicar este tipo de acciones y actitudes en las empresas.
- Facilitar a través de la negociación colectiva el ejercicio efectivo de los derechos reconocidos en el ámbito laboral a las víctimas de violencia de género por la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de medidas de protección integral contra la violencia de género.

En todo caso, como se contempla en los Acuerdos para el Empleo y la Negociación Colectiva es necesario “seguir avanzando en la conciliación de la vida personal, laboral y familiar, que debe ser compatible con una mayor competitividad de las empresas, a cuya consecución puede contribuir la negociación colectiva por su proximidad a las necesidades de empresas y trabajadores”.

Descendiendo a lo concreto, conviene recordar algunos aspectos que en materia de conciliación se han incluido como contenido en distintos convenios colectivos:

#### Organización del tiempo de trabajo:

En negociación colectiva se incluyen con frecuencia aspectos relacionados con la organización del tiempo de trabajo que influyen en la conciliación de la vida laboral y familiar como pudieran ser:

- la fijación de la jornada máxima,
- el horario y la distribución de la jornada continuada o partida,
- la posibilidad de distribuir irregularmente la misma,
- los descansos semanales,
- el período de disfrute preferente para vacaciones, la turnicidad,
- la flexibilidad horaria, la figura del teletrabajo, etc.

#### Embarazo, maternidad y paternidad:

Se incluyen aspectos relacionados con la atención y cuidado del recién nacido, reducción y acumulación de la jornada por lactancia, excedencias, organización del tiempo de trabajo, preferencia para el disfrute de vacaciones en supuestos de concurrencia con otros trabajadores, etc.

Entre la tipología de supuestos relacionados se podrían distinguir: aquellos convenios que se han remitido directamente a lo dispuesto en el ET o aquéllos que han decidido ampliar el tiempo de duración de la suspensión contractual o regular un permiso antecedente al parto, así como otras cuestiones.

#### Adopción, acogimiento, adopción internacional:

Además de lo previsto en la normativa, se ha abordado la posibilidad de crear una bolsa horaria para la realización de cursos de preparación a la adopción.

#### Permisos laborales:

En ocasiones se ha contemplado una duración mayor a la establecida en el ET o se han configurado permisos para atender circunstancias especiales relacionadas con su uso.

#### Excedencias:

Se han incluido modificaciones respecto a los límites y requisitos para su disfrute, atendiendo a detalles como su duración máxima o mínima, se han identificado otras situaciones diferentes a las ya establecidas legalmente para solicitar otro tipo de excedencias.

#### Movilidad geográfica:

Se han identificado sistemas de prelación que tuvieran en cuenta la situación familiar de los trabajadores en supuestos de movilidad geográfica.

#### Ayudas de contenido económico:

En algunos convenios se han incluido entre otras, ayudas por matrimonio; por nacimiento de hijo; de guardería; por hijo y becas de estudio y ayudas escolares, etc.

Como se puede apreciar son varios los elementos que se barajan en el ámbito de la negociación colectiva, pero en cualquier caso hay que tener en cuenta las necesidades y posibilidades de la empresa para hacer frente a las situaciones que se presenten en materia de conciliación.

Es preciso considerar la actual situación, evaluando e incluso retirando aquellas medidas obligatorias vigentes que no pueden atender a una realidad heterogénea y apoyando a la negociación colectiva para la determinación de soluciones adecuadas a empresas y trabajadores dentro de las especificaciones de cada sector de actividad.

Ello lógicamente ha de venir acompañado de una garantía de servicios públicos para el cuidado de menores y dependientes que implique a toda la sociedad en el avance de una realidad que aún carece de soluciones adecuadas para una verdadera conciliación de la vida laboral y familiar, el acuerdo entre empresas y trabajadores un complemento a aquello.

En este contexto, se debería promover en el ámbito de la negociación colectiva el impulso de medidas y herramientas que favorezcan una conciliación racional y coherente, en la que se obtenga un equilibrio eficaz entre las necesidades de la empresa y las de los trabajadores.

En este sentido el IV AENC firmado el pasado 5 de julio por las organizaciones empresariales CEOE y CEPYME y las organizaciones sindicales CCOO y UGT contiene un Anexo, en el que se enuncian una serie de temas, también en materia de igualdad y conciliación, que deben ser negociados entre organizaciones empresariales, sindicatos y Gobierno y que, una vez alcanzado, debe procederse a la correspondiente modificación normativa:

#### “Igualdad

Es necesario desarrollar medidas integrales para favorecer la igualdad laboral y salarial entre hombres y mujeres, que al menos contemplen:

- ✓ Un desarrollo del sistema de atención a la dependencia y la infancia que dé la cobertura necesaria para que la actividad profesional retribuida de las mujeres en las empresas no se vea tan afectada como en la actualidad por estas contingencias.
- ✓ Una equiparación en las condiciones de disfrute de los permisos de paternidad/maternidad o de las reducciones de jornada, de manera que se incentive desde el poder público que hombres y mujeres se acojan al ejercicio del derecho de forma equitativa, igualitaria e intransferible.
- ✓ Un estudio cualitativo del sistema de pluses y complementos salariales, midiendo su impacto de género y que informe adecuadamente a las comisiones negociadoras de los convenios colectivos, para la adaptación de estos criterios que no conlleven un impacto de género.”

Este es el marco de la negociación colectiva y de la autonomía de la voluntad, y del diálogo social. Recordar a continuación el Proyecto IGUALÉS, que realizó CEPYME en el año 2015, un proyecto pionero en España que tuvo como objetivo identificar los factores que inciden en las diferencias salariales entre mujeres y hombres en la pyme, así como la identificación y difusión de las buenas prácticas encontradas durante el desarrollo del Proyecto.

El estudio se basó en la participación, a través de encuestas, a más de 500 pymes españolas. De los resultados obtenidos en la explotación de los cuestionarios se elaboró un informe final de resultados que incluye una guía de buenas prácticas. Durante la realización de este proyecto se



constató la preocupación por prevenir cualquier posible diferencia salarial entre mujeres y hombres, así como la valoración muy positiva de este tipo de iniciativas que les aporte información y asesoramiento dirigida específicamente a la PYME

Resultado de la normativa existente en nuestro país en materia de igualdad, la desigualdad directa en cuestiones salariales se ha ido eliminando poco a poco. Sin embargo, aún persiste la denominada “desigualdad indirecta”.

Como factores que inciden en las diferencias salariales entre mujeres y hombres se señalan:

- La maternidad y el cuidado a personas dependientes dado que la dificultad de las mujeres para conciliar su vida profesional con la dedicación a la familia puede provocar la ruptura con el mercado laboral, e incidir de forma negativa a nivel profesional, limitando su acceso a empleos a tiempo completo o el ascenso en sus carreras profesionales.
- Variables que inciden en el salario, como la antigüedad, o en la promoción profesional, son las que producen las mayores diferencias en los salarios femeninos respecto a los masculinos.
- Para las mujeres con hijos u otras cargas familiares es frecuente que a la vuelta al trabajo tras una baja por maternidad se acojan, por ejemplo, a la reducción de jornada, lo que genera una reducción salarial ajustada al tipo de jornada, y una disminución de oportunidades de ascenso y promoción profesional debido a la menor dedicación en horas que invierten en el trabajo.

### III. CONCILIACIÓN Y HORARIOS

Es materia de debate la distribución del tiempo de trabajo en España, en un modelo que se ha convertido en un "hecho diferencial" con el resto de Europa, pues si bien los inicios de la jornada son igualmente tempranos, la finalización es en general mucho más tarde, sin que por ello nuestra productividad sea mayor.

Existen múltiples elementos culturales que confluyen en este esquema laboral, la jornada partida, el clima, el alto valor que culturalmente tiene el componente de vida social y de disfrute fuera del hogar, los horarios de las televisiones, el gusto por la vida nocturna, etc.

La diversidad de sectores de actividad hace que los condicionantes sean a su vez diversos, no debiendo simplificarse o banalizarse la cuestión. La importancia estratégica del turismo o la hostelería, por ejemplo, como motores de actividad en nuestro país, reflejan la complejidad de cualquier propuesta de modificación.

Los mismos que afirman la necesidad o el deseo de acabar antes, son los que quieren o necesitan que al finalizar su jornada otros servicios estén abiertos y disponibles para ellos. Pongamos como ejemplo que queremos que las guarderías abran antes o cierren más tarde precisamente para poder conciliar, o que el gimnasio esté abierto cuando terminamos de trabajar, y por supuesto los supermercados, tiendas, cines, restaurantes y demás establecimientos de servicios y ocio. En todos ellos hay a su vez trabajadores, y su valor está incrementado por su disponibilidad a dar servicio a sus clientes, el conjunto de los ciudadanos. La globalización y la creciente internacionalización de las empresas hacen que la necesidad de viajar, trabajar con equipos desplazados y competir en resultados sea cada vez mayor, creando a su vez tensiones en materia de horarios laborales y conciliación.

Es por ello necesario promover el análisis riguroso y plantear cambios culturales progresivos que permitan racionalizar la presencia en el puesto de trabajo optimizando la productividad durante el horario laboral, y así mismo respeten y promuevan aquellos valores y servicios que nos caracterizan como sociedad, nos impulsan económicamente y contribuyen a nuestro desarrollo.

## **IV. FACTORES DE DIVERSIDAD EMPRESARIAL QUE CONDICIONAN LA INTEGRACIÓN DE MEDIDAS GENERALES DE CONCILIACIÓN: EL TAMAÑO Y EL SECTOR DE ACTIVIDAD**

Cuando se habla de las empresas en el debate de la conciliación, a menudo se incurre en el error de considerar que la conciliación ha de bascular exclusivamente sobre las empresas y que estas son todas iguales o tienen las mismas capacidades de asumir retos de conciliación, que, no olvidemos, frecuentemente suponen costes adicionales o tensiones internas.

Es imprescindible señalar que no todas las empresas disponen de los mismos márgenes organizativos, y en este sentido no son comparables las posibilidades que puede tener una empresa de gran tamaño frente a una microempresa o PYME que no dispone de los mismos recursos para hacer frente a las distintas situaciones de conciliación. No impacta igual ni tiene las mismas consecuencias una reducción de jornada en una empresa de 50 trabajadores que en una empresa de cuatro, por ejemplo. Entran a menudo en conflicto esos intereses cruzados con otros trabajadores compañeros del primero, y que sin duda requieren también de respeto y protección.

Asimismo, las peculiaridades de cada sector también tendrían que tenerse en cuenta a la hora de adoptar estas medidas, pues cada uno se configura de manera diferente y presenta características propias. No es lo mismo la aplicación de medidas de conciliación en sectores relacionados con el ocio, el comercio o el turismo, por citar unos ejemplos, donde los clientes consumidores marcan las exigencias de disponibilidad horaria, que en sectores de oficinas o industriales donde la planificación por parte de la empresa puede ser más autónoma con carácter general.

Por tanto, más allá de la voluntad de la empresa para llegar a un acuerdo con el trabajador sobre las distintas opciones de flexibilidad que se pueden adoptar, hay que tener en cuenta la posibilidad que tiene la empresa y la viabilidad de la medida a llevar a cabo, así como atender a otras cuestiones imprescindibles como pudieran ser la productividad y competitividad de las empresas, sin las que sería imposible el mantenimiento y creación de empleo.

Es por ello, que sería extremadamente complejo diseñar una única fórmula para implantar estas medidas, que fuera aplicable por todas las empresas con carácter general, debiéndose por tanto remitir la adopción de las mismas al ámbito de la negociación colectiva y/o a cada empresa, para poder determinar qué medidas son más eficaces y en cualquier caso cuáles podrían ser implantadas en cada supuesto concreto.

Sirvan de ejemplo a la explicación anterior la extrema dificultad de implantar la figura del teletrabajo en determinados servicios como por ejemplo en el comercio tradicional, la hostelería o el sector de la construcción, la complicación de modificar el horario de trabajo en pequeñas empresas o en servicios de atención al público u otros sectores en los que la fijación del horario se encuentra ineludiblemente ligada al desarrollo de la actividad o la imposibilidad de conceder la misma medida de conciliación a un elevado número de trabajadores dentro de la misma empresa.

Hay que señalar que al igual que sucede en el ámbito europeo, el sistema de permisos es la herramienta de conciliación más utilizada en España y se le otorga carácter prioritario frente al resto de medidas, a pesar de su alto coste en ausentismo, su clara repercusión sobre la carrera laboral y la pérdida de ingresos a la que se condena a quien lo solicita, además de su efecto puramente coyuntural en la atención a la familia, y que por tanto su eficacia se pudiera catalogar como limitada para la efectiva conciliación de la vida laboral y familiar de los trabajadores y como instrumento de fomento de la corresponsabilidad entre hombres y mujeres en los cuidados familiares, así como del consiguiente impacto negativo sobre la participación laboral de las personas con cargas familiares, especialmente de las mujeres.

Por otra parte, convendría analizar si la petición de reducción de jornada es una opción deseada por quien la solicita o por el contrario es una consecuencia debida a la ausencia de medidas sociales de apoyo a la conciliación que le permitan mantener su actividad laboral

## V. OTROS FACTORES

Aunque la Negociación Colectiva pueda contribuir al establecimiento de un marco equitativo para el desarrollo de las condiciones de trabajo de hombres y mujeres, hay factores que escapan a la Negociación Colectiva, que la sobrepasan y que sin embargo determinan o condicionan el acceso de la mujer al mundo del trabajo, su permanencia, su promoción y su disponibilidad en el mismo.

De entre estos señalar los factores educativos o formativos, las relaciones familiares y la conciliación de la vida laboral y familiar, así como cuestiones relativas a la financiación.

### 1. ASPECTOS FORMATIVOS O EDUCATIVOS:

- Constatar el avance producido durante los últimos años en la formación académica de las mujeres, equiparándola a la de los hombres.
- Además, las mujeres están académicamente más preparadas y los análisis estadísticos nos muestran como la mejor formación es un factor decisivo para la integración laboral y la promoción profesional de las mujeres.
- Sin embargo, el perfil universitario de las mujeres presenta importantes diferencias con el de los hombres:
  - Así, las mujeres, optan en mayor medida que los hombres por las diplomaturas y licenciaturas en ciencias de la salud (enfermería, medicina, farmacia).
  - La presencia de las mujeres en diplomaturas y licenciaturas técnicas está muy por debajo que la de los hombres.
  - Existen carreras con abrumadora presencia femenina, (enfermería, trabajo social, magisterio, filosofía e historia del arte) y otras por el contrario con una presencia baja (ingeniería industrial, telecomunicaciones, informática, ciencias físicas etc.).

Que las mujeres encaucen su formación en determinadas titulaciones como las que se han dado en estos perfiles puede ser consecuencia de la persistencia de la asunción tradicional de roles y puede tener su primera motivación en la familia y en la escuela.

Pero es que además esta elección no resulta irrelevante a los efectos de la posterior integración laboral puesto que el mercado laboral se decanta preferentemente más sobre unos perfiles que sobre otros.

Por tanto, resulta fundamental adecuar las necesidades formativas de las mujeres a las exigencias del mercado laboral, a las necesidades de empleo.

Así mismo sería conveniente realizar una mayor difusión entre las mujeres de la importancia que la formación en determinados sectores y ocupaciones tiene para el acceso al mundo laboral.

En definitiva, y en orden a la integración laboral de las mujeres, es preciso hacer especial hincapié en la importancia de las políticas formativas. Una formación efectiva para el empleo es esencial para el futuro laboral de las mujeres.

Sin por supuesto olvidar que resulta imprescindible la articulación de políticas eficaces de información y orientación profesional, así como, intensificar las acciones de formación ocupacional y continua.

### 2. RELACIONES FAMILIARES Y CONCILIACIÓN DE LA VIDA LABORAL Y FAMILIAR:

La división del trabajo en el seno de las familias tiene efectos fundamentales en la vida laboral de la mujer y afectan negativamente a su integración.

Como ha señalado el Consejo Económico y Social en reiteradas ocasiones las mujeres se ven obligadas a adaptar las características de su integración laboral a las necesidades derivadas de la esfera familiar. En paralelo algunas mujeres adoptan estrategias individuales para acomodar sus responsabilidades familiares a las derivadas del trabajo, de tal manera que las responsabilidades familiares no incidan negativamente en su desarrollo profesional.

En este sentido, resultan esenciales las políticas encaminadas a facilitar la conciliación de la vida laboral y familiar, de reciente implantación en nuestro país, que aunque dirigidas teóricamente a hombres y mujeres la experiencia desde su implantación en 1.999 nos muestra como estas medidas dirigidas a equilibrar trabajo y familia son utilizadas casi exclusivamente por mujeres que soportan la mayor parte de las responsabilidades familiares.

Serían necesarios, por tanto, cambios en las valoraciones socio-culturales del “papel masculino” en la familia y en el trabajo.

Quiero referirme también a la necesidad de infraestructuras de servicios sociales públicos, puesto que su carencia dificulta la efectividad de otras medidas dirigidas a compatibilizar la vida laboral y familiar.

No se puede pretender alcanzar el objetivo de igualdad solo con medidas en el ámbito de las relaciones laborales. El informe 05/2016 del CES sobre la participación laboral de las mujeres señala que el apoyo a las familias mediante unas políticas públicas adecuadamente diseñadas y dimensionadas, en términos de eficacia e intensidad, ha sido fundamental en aquellos países de nuestro entorno que mejores registros han alcanzado logrando un círculo virtuoso caracterizado por altas tasas de actividad y de empleo de las mujeres y unas tasas de fecundidad también relativamente elevadas. En esas experiencias, generalmente se ha avanzado desde un modelo familiar tradicional de hombre sustentador principal y mujer cuidadora a un modelo familiar dual de hombres y mujeres que son a la vez trabajadores y cuidadores

Además, una buena dotación de servicios sociales, como guarderías o ayudas a domicilio contribuirían a eliminar estereotipos negativos sobre el trabajo de las mujeres, contribuyendo además a la creación de empleo.

### 3. FINANCIACIÓN

Una cuestión fundamental, que es la de quién debe financiar los costes de las políticas de protección a la familia, puesto que si la maternidad y la paternidad, así como la conciliación de la vida familiar y laboral son bienes jurídicos a proteger no sólo en interés de los individuos, sino también de la sociedad, el coste que conlleve no debería recaer tal y como sucede ahora casi exclusivamente sobre el coste del empleo (soportando el trabajador y la empresa).

Una referencia en este punto al complemento de maternidad en las pensiones implantado recientemente y su repercusión en el Sistema de Seguridad Social.

El complemento consiste en un importe equivalente al resultado de aplicar a la pensión inicialmente calculada, conforme a su régimen jurídico, un porcentaje determinado de acuerdo con la siguiente escala:

- Por haber tenido dos hijos: 5 %
- Por haber tenido tres hijos: 10 %
- Por haber tenido cuatro o más hijos: 15 %

La propuesta de incremento de cuantía económica afecta a las pensiones contributivas (jubilación, incapacidad, viudedad) y el efecto de la medida sería acumulativo: En 2017 se beneficiarían las altas de pensionistas 2016 que siguen vivas más las altas de 2017; en 2018, a las altas de pensionistas de 2016 y 2017 que siguen vivas en dicho año se añadirían las altas producidas en dicho año, y así sucesivamente

Compartimos la preocupación respecto al desafío demográfico en los próximos años que tendrá que soportar el sistema. Además, estamos en línea con el objetivo general respecto al apoyo a la maternidad y, de estímulo de la natalidad así como de consideración social al esfuerzo realizado por la familia.

En este sentido las relaciones familiares y la conciliación de la vida laboral y familiar juegan un papel fundamental, como ya he dicho, y la división del trabajo en el seno de las familias tiene efectos fundamentales en la vida laboral de la mujer y afectan negativamente a su integración.

Por ello no se trata de cuestionar el objetivo que trasciende en el complemento en cuanto a la necesidad de apoyar el esfuerzo que ha supuesto para muchas mujeres el compatibilizar carrera profesional y maternidad.

Ni tampoco se trata de no enfrentarnos a los numerosos cambios que se están produciendo en la sociedad actual, algunos especialmente importantes, como los producidos en los modelos sociales, familiares, y demográficos que son determinantes para el futuro de los sistemas de protección social.

Pero sí decir, que consideramos que las políticas de ayuda a la familia, como cualquier tipo de política, deben financiarse con cargo a los presupuestos generales de Estado.

Por tanto, este apoyo a la maternidad debiera canalizarse mediante políticas públicas de apoyo a la natalidad, políticas que deben ser financiadas vía impuestos no mediante cotizaciones sociales contributivas que son mayoritariamente soportadas por empresarios y trabajadores y que suponen un mayor gasto para el sistema público de seguridad social.

## VI. CONCLUSIONES

La conciliación del trabajo y la familia se ve condicionada, no sólo por factores laborales sino de muy distinta índole, culturales, climáticos, los horarios de las televisiones, el ocio, etc.

Es necesario racionalizar la jornada laboral y el tiempo de trabajo, evitando jornadas excesivas, que no contribuyen a la productividad de las empresas, aunque se debe ser consciente de la dificultad de aunar intereses muy distintos a la hora de realizar una efectiva racionalización de horarios.

El enfoque múltiple es necesario para ofrecer vías reales de conciliación para mujeres y hombres. La conciliación no debe basarse sólo en la herramienta de permisos, excedencias y reducciones de jornada que aportan rigidez a la organización de las empresas y perjudican el desarrollo profesional y la participación laboral de los trabajadores, con las consecuencias que de ello se derivan.

Incidir en la elaboración de políticas de empleo efectivas que incrementen la participación laboral.

Garantizar una mayor infraestructura de servicios de atención a niños y a mayores dependientes, etc. Dichos servicios deben ser asequibles, accesibles, suficientes y de calidad, debiéndose prestar especial atención a los horarios y vacaciones escolares. Se ha de tener en cuenta que con la implantación de esta medida se permitiría la conciliación a los trabajadores evitando su abandono total o parcial del mercado de trabajo y se fomentaría la creación de más puestos de trabajo para la puesta en marcha y prestación de dichos servicios.

La implantación de ayudas, y otros beneficios destinados a las familias, con independencia de las ayudas referidas para la adquisición de servicios de atención y educación de menores, así como de personas dependientes, como contemplar ayudas económicas por nacimiento de hijo y en sus primeros dos años de vida, con cargo a Presupuestos Generales, que sean realmente compensatorias de gastos e incentivadoras de la natalidad, avanzando hacia políticas familiares eficaces.

Establecer medidas de ayuda para las empresas con el fin de que la persona que va a suplir a la trabajadora de baja por maternidad trabaje un tiempo antes de la baja para aprender las tareas que

desempeñará durante la sustitución. Este ejercicio resulta especialmente necesario en empresas de muy pocos trabajadores, por la dificultad organizativa añadida, pero sin duda es un coste que la mayoría de las empresas y fundamentalmente las PYMES no pueden asumir

Además, resultan imprescindibles otras medidas sociales, como la realización de actividades de concienciación que, entre otras cuestiones, se dirijan a fomentar la corresponsabilidad en el ámbito doméstico y de cuidados de la familia.

Para ello, no se debe olvidar el papel del sistema educativo y comenzar con esta actividad de sensibilización y conciliación desde las etapas educativas más tempranas.

Es preciso en la actual situación, evaluar aquellas medidas obligatorias vigentes que no pueden atender a una realidad heterogénea empresarial, debiéndose apoyar y fomentar la negociación colectiva y la individualidad de cada empresa para la determinación de soluciones adecuadas, tanto para empresas como para trabajadores, dentro de las especificaciones de cada sector de actividad y del tamaño de las mismas.

Analizar en profundidad las medidas existentes en otros países y sus efectos reales. Impulsar medidas y herramientas que favorezcan una conciliación racional y coherente, en la que se obtenga un equilibrio eficaz entre las necesidades de la empresa en el servicio a sus clientes/ciudadanos y las de los trabajadores/ciudadanos.

Es imprescindible promover el análisis riguroso y plantear cambios culturales progresivos para llegar al objetivo compartido conectando también con los cambios que en las relaciones laborales se están produciendo debido entre otros a la introducción de las nuevas tecnologías y especialmente a la tecnología digital.

# CAPÍTULO III. LA FAMILIA YA NO ES LO QUE ERA. EVOLUCIÓN DEL MODELO DE FAMILIA, SU IMPACTO SOBRE LA CONCILIACIÓN Y LAS NUEVAS ESTRATEGIAS DE PROTECCIÓN SOCIAL EN ESPAÑA Y EUROPA

CARLOS BRAVO FERNÁNDEZ

*Secretario confederal de políticas públicas y protección social de CCOO*

FERNANDO PUIG-SAMPER MULERO

*Adjunto a la secretaria confederal de políticas públicas y protección social de CCOO*

ENRIQUE MARTÍN-SERRANO JIMÉNEZ

*Adjunto a la secretaria confederal de políticas públicas y protección social de CCOO*

*Profesor Asociado de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*

*Universidad Complutense de Madrid*

## I. INTRODUCCIÓN

Desde la perspectiva sindical es pertinente la pregunta sobre si trabajo y familia son compatibles, considerando el actual modelo de protección social y laboral, o deberían promoverse cambios que ajusten la relación entre ambos aspectos de la vida. No es una pregunta de fácil respuesta teniendo en cuenta que las realidades en ambos campos, el laboral y el familiar, son hoy más diversas (o más *líquidas*, en terminología de Bauman).

No se trata en este breve trabajo de adentrarse en los profundos cambios que vive el mundo laboral –tanto con el desarrollo de nuevas formas de empleo<sup>1</sup> como con una reforma laboral con la que las medidas de flexibilidad externa se combinan con las de flexibilidad interna sin ningún límite, lo que ha convertido a España en un parque de atracciones de la *flexi-insecurity*–, pero es imprescindible tenerlos en cuenta para evaluar las dificultades que existen hoy tanto en la conciliación de la vida laboral y familiar como en los cambios observados en la propia estructura de las familias. Ciertamente, como luego se verá, la familia ya no es lo que era.

## II. CAMBIOS EN EL MODELO DE FAMILIA

### 1. CAMBIOS DEMOGRÁFICOS

La familia ya no es lo que era, en primer lugar, porque los datos demográficos muestran cambios relevantes desde el origen, desde el mismo momento en que una persona joven decide emanciparse y construir su propio hogar. A partir de esta primera decisión puede trazarse alguno de los cambios que hoy se detectan en las estructuras familiares e identificar algunos de los problemas que se derivan de ellos. La edad tardía en la emancipación de las mujeres españolas, la elevada media de edad de las madres al tener el primer hijo y la consiguiente reducción del número de hijos son aspectos clave en cualquier análisis de las necesidades en las familias de hoy.

---

<sup>1</sup> Eurofound (2015), *New forms of employment*, Publications Office of the European Union, Luxembourg.

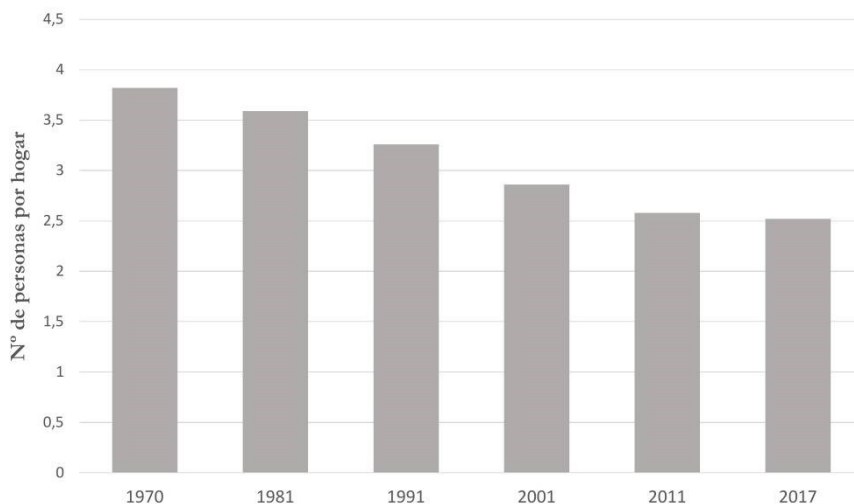
Según los últimos datos publicados por Eurostat<sup>2</sup>, las mujeres en España abandonaban en 2017 el hogar de los padres a los 28,3 años, por encima de los 25,0 años de media del conjunto de la UE y muy por encima de los 21 años de media en países nórdicos como Dinamarca, Finlandia o Suecia. Con esta edad tardía de emancipación no puede extrañar que las mujeres en 2016 tuvieran 30,8 años de media al tener su primer hijo<sup>3</sup>, en una tendencia creciente (baste recordar que en 1978 la media se situaba en los 24,8 años) y por encima de la media europea (29,0 años). Solo en Italia (con 31,0 años) se supera la media de edad de las madres en España. Así, la tasa de fertilidad en España (el número de hijos por mujer) se limitaba en 2016 a 1,34, una tasa similar a la italiana siendo ambas las más bajas de toda la UE, cuya media era de 1,60.

Hay otros datos que van en la misma dirección. Por ejemplo, Eurostat<sup>4</sup> permite observar que mientras que en el conjunto de la UE el 28,5 % de la población entre 25 y 34 años de edad vivía con los padres en 2016, en España este porcentaje se incrementaba hasta el 40,0 % en España (45,6 % en el caso de los hombres y 34,5 % en el de las mujeres). En Suecia este porcentaje se reduce al 6,0 %, aunque la media de edad en el primer matrimonio es más tardía que en España: 36,2 años entre los hombres y 33,6 entre las mujeres. Los datos de Eurostat<sup>5</sup> permiten observar, también, que en España la edad de hombres y mujeres en su primer matrimonio es tardía: 34,9 años en el caso de los hombres y 32,7 años en el caso de las mujeres, en el año 2015.

Todos estos cambios demográficos –la emancipación tardía, los consiguientes retrasos en la conformación de las parejas, la mayor edad de las madres al tener el primer hijo, y la reducción de la tasa de fertilidad– tienen, inevitablemente, un impacto directo en los hogares españoles, su tamaño y su tipología.

En España, en el año 2017, había casi dieciocho millones y medio de hogares; más del doble del número de hogares que existía en 1970, según el censo de aquel año. Una cifra que continuará creciendo, según el INE, previéndose que en 2030 la cifra supere ya los diecinueve millones y cuarto. Al mismo tiempo, la evolución del total de la población ha sido bastante más contenida, con un crecimiento desde 1971 hasta 2017 del 37 %. La conclusión es sencilla: el tamaño de los hogares se reduce de forma significativa, un claro indicador del cambio que se está produciendo en las estructuras familiares.

Ilustración 1. Evolución del tamaño medio de los hogares en España



Fuente: INE, Censos de Población y Viviendas y Encuesta Continua de Hogares

<sup>2</sup> Eurostat, Estimated average age of young people leaving the parental household by sex.

<sup>3</sup> Eurostat, Mean age of women at childbirth and at birth of first child.

<sup>4</sup> Eurostat, Share of young adults aged 18-34 living with their parents by age and sex - EU-SILC survey.

<sup>5</sup> Eurostat, Mean age at first marriage by sex. Last update of data 18/05/2018.

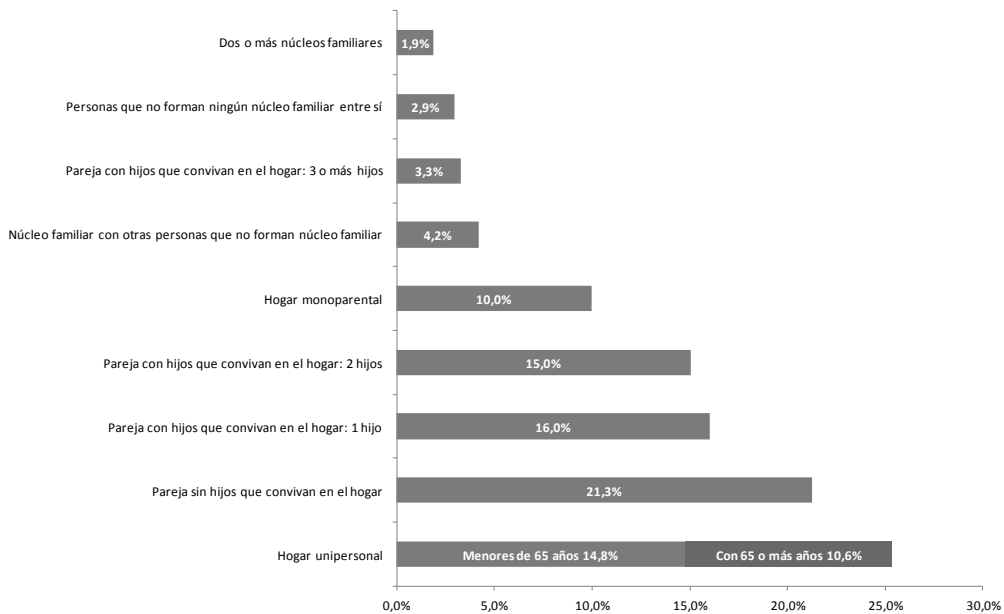


## Protección a la Familia y Seguridad Social. Hacia un nuevo modelo de protección sociolaboral

El cambio del tamaño medio de los hogares es, en efecto, la consecuencia de los cambios producidos en la composición de los mismos. Aunque el hogar que predomina es el de parejas con hijos que conviven en el hogar, cada vez son más los hogares unipersonales y monoparentales junto a los de parejas sin hijos.

La familia, de acuerdo con estos datos, ya no es una pareja heterosexual casada por la iglesia (generalmente, la católica), con varios hijos, en la que el padre procura el sostenimiento económico mientras la madre dedica su tiempo y sus esfuerzos al cuidado de los menores y a las tareas domésticas. Un modelo que obedecía, principalmente, a la atribución a la mujer de un papel determinado (doméstico y de cuidados), limitado (sin actividad laboral) y sometido (sin independencia económica ni capacidad de decisión).

Ilustración 2. Tipo de hogares en España



Fuente: INE, Encuesta Continua de Hogares

Hoy, sin embargo, la realidad es muy diferente. Es cierto que **la mayoría de los hogares se basan en un núcleo familiar**, entendiendo por tal las parejas con o sin hijos más los hogares monoparentales, en los que un padre o una madre conviven con algún hijo sin que haya otra persona residiendo en el hogar, y núcleos familiares que conviven con otras personas que no forman parte del mismo. Son 12.892,4 mil hogares, algo más de dos tercios del total. **Ahora bien, la composición de estos núcleos familiares está cambiando.**

**El primer cambio que puede resaltarse es que ni las parejas se constituyen con la única finalidad de tener hijos, ni tenerlos es solo cosa de parejas.** Por ejemplo, en 2017 había casi 8.790 mil personas conviviendo en pareja sin hijos, de las cuales casi tres millones (el 34,1 %) tenían menos de 55 años de edad. Teniendo en cuenta la edad media al tener el primer hijo y la edad media de emancipación de los hijos, es deducible que son parejas que aún no se han decidido a tener el primer hijo o que han decidido no tenerlo. Por otro lado, en ese mismo año había 2.302 mil personas sin convivir en pareja pero formando un núcleo con algún hijo.

**Un segundo cambio está en que los vínculos informales son cada vez mayores.** Bien porque crecen las parejas de hecho, con o sin hijos, o bien porque quien tiene hijos no siempre decide convivir con la pareja, tal y como ya se ha visto. Las personas que conviven como parejas de hecho eran 3.296 mil en 2017, ya casi el 15 % del total de las personas que conviven en pareja.

**Y un tercer cambio se observa en que no todas las parejas, de hecho o de derecho, son heterosexuales.** 85 mil personas están casadas y otras 73 mil conviven como parejas de hecho con personas del mismo sexo.

Junto a lo anterior, conviene resaltar el **incremento del número de hogares unipersonales.** 4.687 mil personas viven solas, de las cuales el 53 % son mujeres y el 47 % hombres. Sin embargo, en esta distribución debe distinguirse la diferencia por edades. Casi la mitad de las personas que viven solas, el 49 %, tiene 60 años de edad o más, lo que implica un reto en el cuidado y la atención de estas personas tanto para los servicios sociales como para los sanitarios. Además, entre quienes tienen menos de 60 años de edad la mayoría son hombres (el 62 %) mientras que la situación se invierte a partir de esa edad, siendo mayoría las mujeres (el 69 %) entre quienes tienen 60 años o más.

Tabla 1. Estado civil y tipo de convivencia de las personas con 15 años o más

AÑO 2017	Total (estado civil)	Soltero/a	Casado/a	Viudo/a	Separado/a	Divorciado/a
<b>Total (convivencia en pareja con 15 años o más)</b>	39.095,5	13.527,7	20.079,5	2.850,5	761,8	1.876,0
Conviviendo con su cónyuge que es de distinto sexo	19.215,9	..	19.215,9	..	..	..
Conviviendo con su cónyuge que es del mismo sexo	85,1	..	85,1	..	..	..
Conviviendo con una pareja de hecho que es de distinto sexo	3.223,6	2.552,3	67,3	76,8	130,5	396,7
Conviviendo con una pareja de hecho que es del mismo sexo	72,7	65,8	1,1	0,9	1,6	3,3
<b>No conviviendo en pareja</b>	16.498,2	10.909,7	710,1	2.772,8	629,7	1.476,0

Fuente: INE, Encuesta Continua de Hogares

Por otro lado, puede observarse que hay 2.638 mil personas **separadas o divorciadas**, de las que más de medio millón conviven con una pareja de hecho. Y a ellas hay que sumar otras 78 mil **personas viudas que también conviven con una pareja de hecho.**

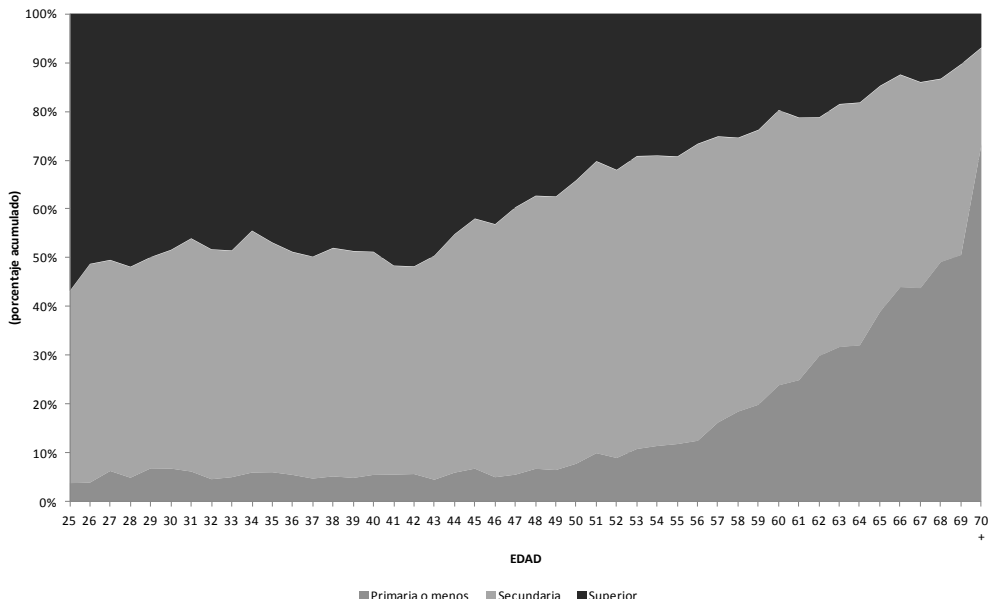
## 2. CAMBIOS LABORALES

Varios aspectos se cruzan con los datos anteriores: la incorporación de las mujeres al mundo laboral y su intensa lucha por la igualdad; las bajas retribuciones y la precariedad laboral; y la debilidad de los sistemas de apoyo a las familias, dificultando tanto la emancipación juvenil como la decisión de tener descendencia.

Hablar de los cambios en los núcleos familiares sin hacerlo de los producidos en el papel de las mujeres en la sociedad es imposible, y en España estos cambios han sido especialmente relevantes en las últimas décadas.

En primer lugar, el nivel educativo de las mujeres se ha incrementado de forma destacada. Tal y como se refleja en la Ilustración 3, la mitad (el 49,1 %) de las mujeres con una edad comprendida entre los 25 y los 44 años de edad tienen estudios superiores, porcentaje que se reduce entre las que tienen una edad entre 45 y 64 años hasta el 29,9 % y entre las que tienen 65 o más años hasta el 8,5 %. El incremento del nivel educativo de las mujeres ha llevado a que hoy se sitúe muy por encima del de los hombres, de entre los que quienes se sitúan en la franja de edad de 25 a 44 años solo el 38,3 % tienen estudios superiores.

Ilustración 3. Nivel educativo de las mujeres en España según la edad



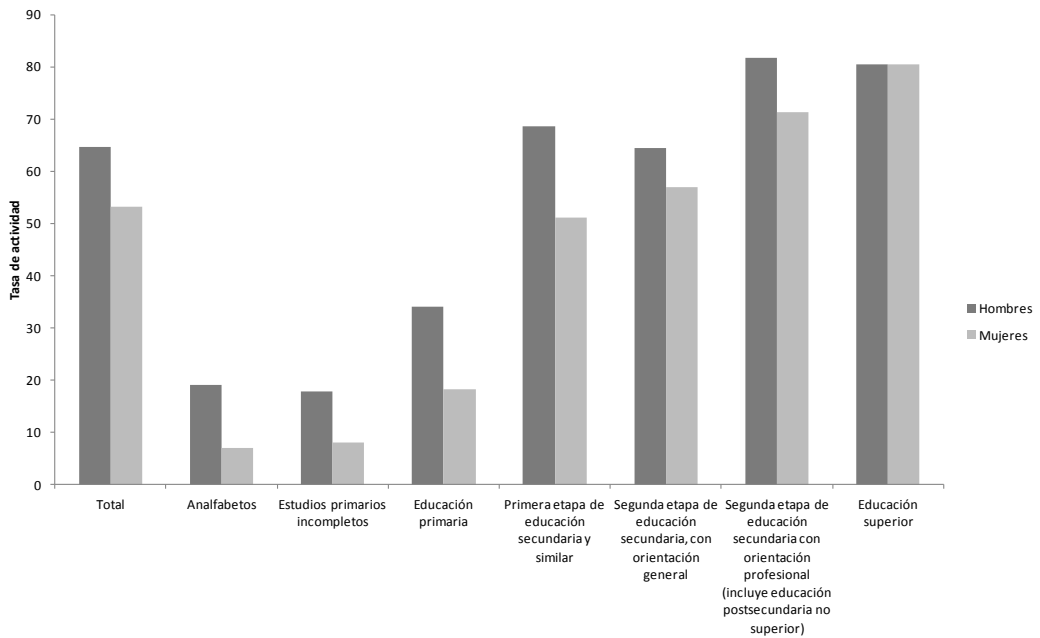
Fuente: elaboración propia a partir de microdatos de la EPA, 1er trimestre de 2018

Esta intensa diferencia entre el nivel educativo de las mujeres mayores y el de las mujeres jóvenes es la base para un cambio social tan importante y deseable como el que se está viviendo en España en relación con el papel de las mujeres en todos los ámbitos, incluyendo el familiar.

Como ya es sabido, el nivel educativo alcanzado influye en las tasas de actividad, de empleo y de paro. A mayor nivel educativo, mayor tasa de actividad; es decir, mayor proporción de personas trabajando o buscando un empleo. Esto se observa con claridad en la Ilustración 4, tanto entre hombres como entre mujeres. Ahora bien, también se observa que la tasa de actividad femenina se iguala con la masculina en los niveles de educación superior, niveles en los que ya se encuentra la mitad de las mujeres con entre 25 y 44 años, tal y como se ha señalado.

II Congreso Internacional y XV Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social

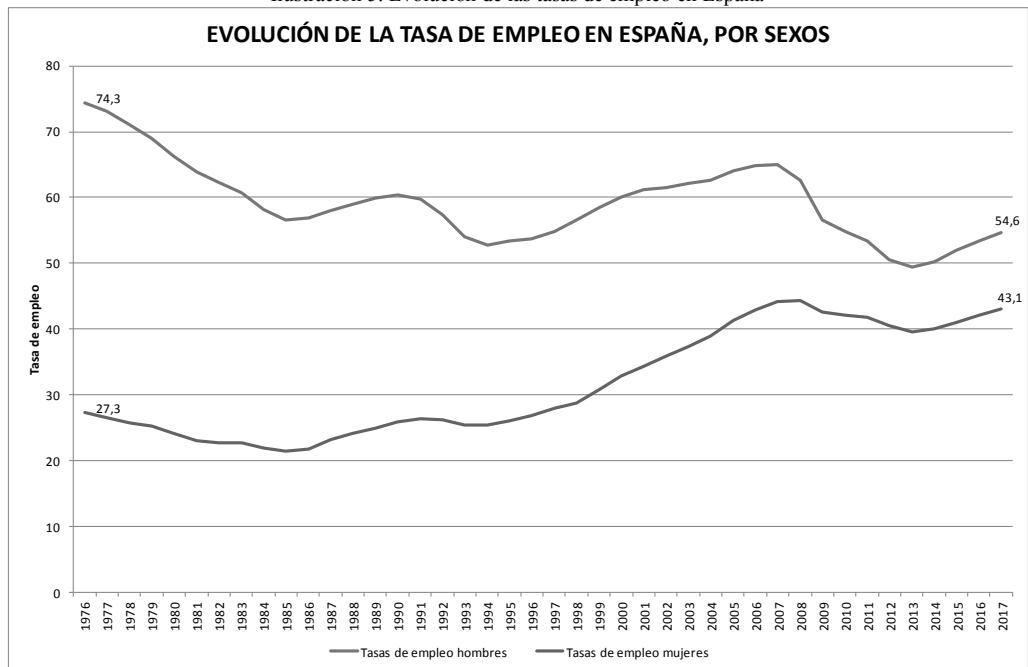
Ilustración 4. Tasas de actividad por nivel de educación alcanzado y sexo



Fuente: elaboración propia a partir de datos de la EPA, media de 2017

Todo ello se ha traducido en una intensa y creciente incorporación de las mujeres al mundo laboral, como se observa en la Ilustración 5.

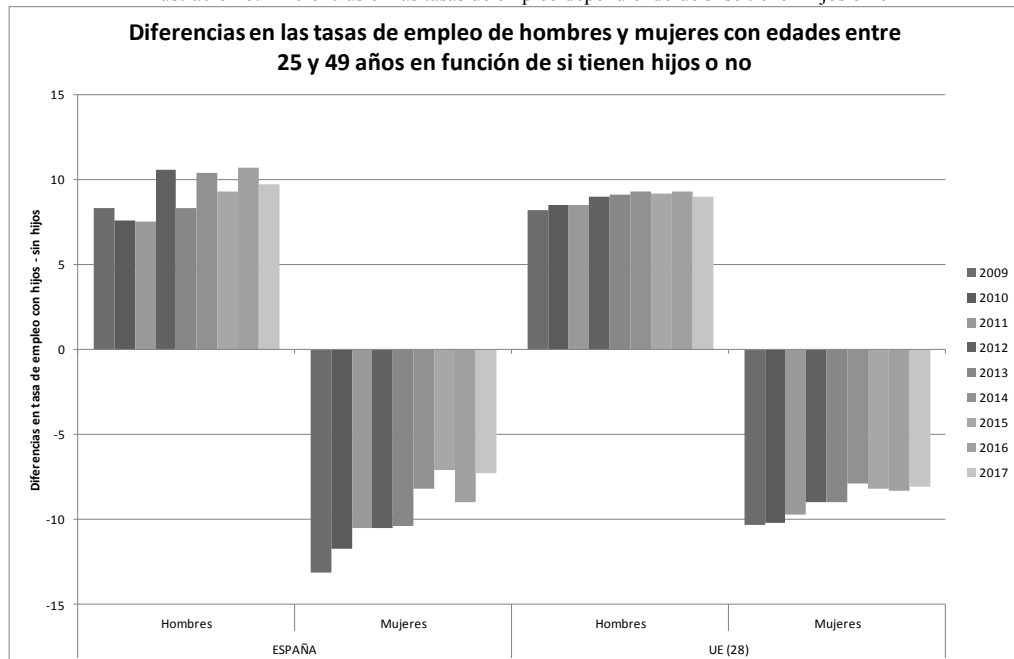
Ilustración 5. Evolución de las tasas de empleo en España



Fuente: elaboración propia a partir de datos de la EPA

Mayor nivel educativo y mayor tasa de empleo entre las mujeres son dos aspectos con impacto directo en la estructura familiar y las necesidades que se derivan de la misma. Además, debe tenerse en cuenta que la tasa de empleo femenino está condicionada por los hijos.

Ilustración 6. Diferencias en las tasas de empleo dependiendo de si se tienen hijos o no



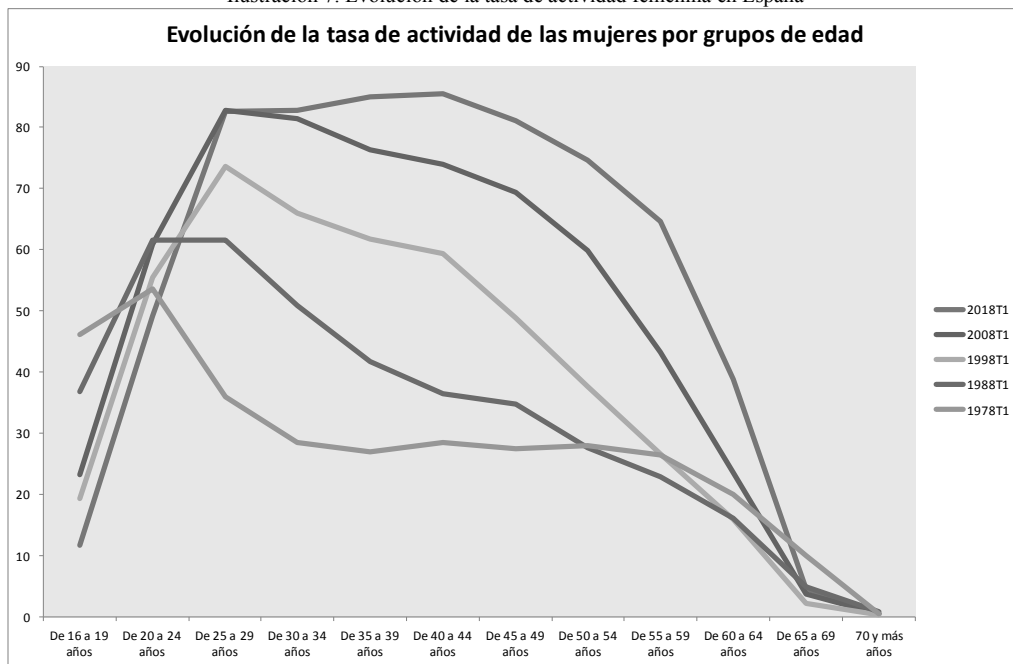
Fuente: elaboración propia a partir de datos del INE sobre empleo

Como puede observarse en la Ilustración 6, tanto en España como en la UE, las mujeres con hijos tienen una menor tasa de empleo que las mujeres sin hijos; una diferencia que se va reduciendo en España, desde los -13,1 puntos en 2009 hasta los -7,3 en 2017. Por el contrario, entre los hombres se incrementa la tasa de empleo en 9,7 puntos cuando tienen hijos. Un dato que, como puede apreciarse, sucede también en el conjunto de la UE. Puede adelantarse aquí una hipótesis para explicar este comportamiento dual: las mujeres con hijos abandonan o pierden su empleo para el cuidado de los mismos; en otro sentido, los hombres con empleo se animan a tener hijos.

A estos datos habría que añadir las diferencias producidas en función del número de hijos y la edad de los mismos. Por ejemplo, según los datos del INE, las mujeres de entre 25 y 49 años con 3 o más hijos menores de 12 años tenían en 2017 una tasa de empleo igual a 50,3, lejos de la tasa de empleo de quienes no tienen hijos (72,4) o de las que solo tienen uno o dos hijos (68,6 y 66,0 respectivamente). En otras palabras, una madre de familia numerosa con hijos que aún no han llegado a la adolescencia debe tener serias dificultades para mantenerse en el empleo o conseguirlo cuando su tasa de empleo está 22 puntos por debajo de las mujeres que no tienen hijos y 18 ó 16 puntos por debajo de quienes tienen uno o dos.

Lo cierto es que las tasas de actividad de las mujeres se han modificado radicalmente en las últimas décadas, como puede observarse en la Ilustración 7.

Ilustración 7. Evolución de la tasa de actividad femenina en España



Fuente: elaboración propia a partir de datos de la EPA

En las últimas cuatro décadas las tasas de actividad femenina han variado de forma significativa. Por un lado, entre las mujeres más jóvenes se produce una caída de la tasa de actividad como consecuencia de la prolongación de los estudios. Si en 1978 era de 46,2, en 2018 se reduce hasta 11,6. Sin embargo, en las franjas de edad comprendidas entre los 25 y los 65 años de edad las tasas de actividad se mantienen muy por encima de lo que ocurría hace cuarenta años. No se estudia más para quedarse en casa sino para trabajar, para incorporarse a un mundo laboral que históricamente la ha discriminado o excluido.

Todo lo anterior está entrelazado, de tal forma que los cambios en los tipos de hogar existentes hoy –reducidos en tamaño y variados en la composición– son inseparables de los que se han producido entre las mujeres –con más tiempo dedicado a alcanzar mayores niveles educativos y una participación más intensa en el mundo laboral–.

En todo caso, esta incorporación de las mujeres al mundo laboral no se ha producido en condiciones de igualdad. Tiempo de trabajo, salarios y ocupaciones son diferentes. Por un lado, el porcentaje de empleo a tiempo parcial entre las mujeres llegaba en 2017 en España hasta el 24,1 %, limitándose entre los hombres al 7,2 %; una diferencia que se reproduce en el conjunto de la UE, según los datos de Eurostat. Por otro, el gap salarial<sup>6</sup> asciende hasta el 20,3 % (2016) en la economía empresarial (lo que excluye el sector público y las actividades no comerciales, así como las actividades agropecuarias, forestales y pesqueras), porcentaje que se reduce hasta el 13,1 % si se considera el conjunto de industria, construcción y servicios. Por último, hay que resaltar que la presencia ocupacional de las mujeres es elevada en Servicios, pero reducida en los sectores de Industria y Construcción.

### 3. CAMBIOS EN LA CONCILIACIÓN Y USO DE LOS TIEMPOS

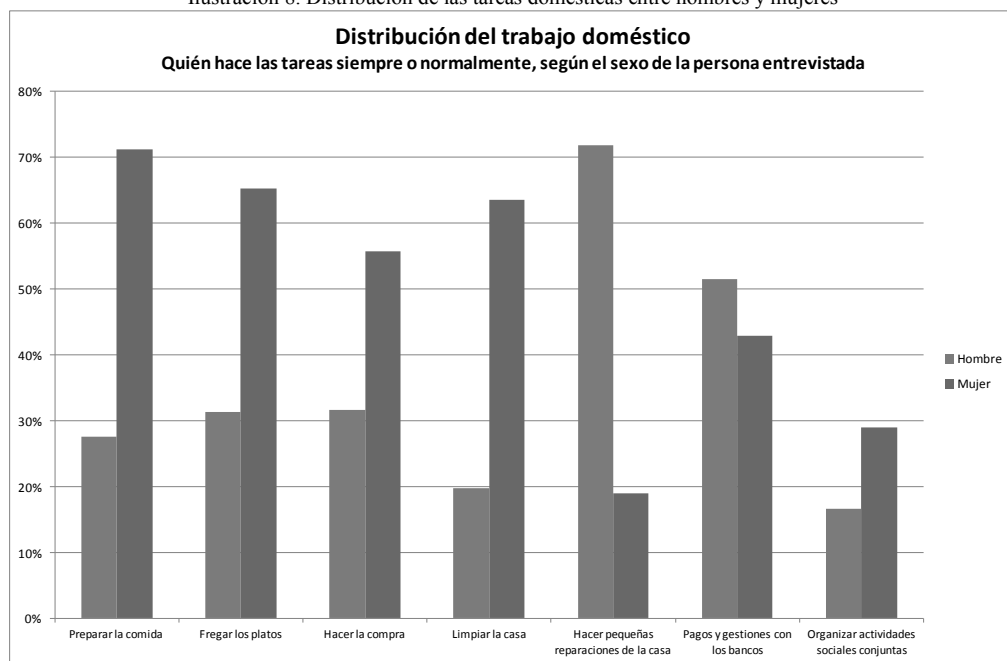
Todo lo anterior es relevante para entender las necesidades que surgen en las familias actuales, comenzando por la capacidad para conciliar o no la vida laboral y la familiar. Un primer dato a

<sup>6</sup> Eurostat, Gender pay gap in unadjusted form by NACE Rev. 2 activity - structure of earnings survey methodology.

considerar es que del total de personas que tienen responsabilidades familiares o razones personales para no poder incorporarse a un empleo, el 90,6 % son mujeres. Es decir, que en el primer trimestre de 2018 había 1.285 mil mujeres, con una edad comprendida entre los 16 y los 65 años, que consideraban imposible conciliar su situación personal con un empleo. Y este es el primer reto, conseguir levantar las barreras que impiden la conciliación de ambos aspectos de la vida.

Quizás esto esté influido por un desigual reparto de los tiempos entre hombres y mujeres, recayendo sobre ellas el peso principal de las responsabilidades familiares y el cuidado de las personas de su entorno, sean menores o mayores.

Ilustración 8. Distribución de las tareas domésticas entre hombres y mujeres



Fuente: CIS, Barómetro de mayo de 2017

Como puede apreciarse en la Ilustración 8, según los datos del CIS en 2017, son fundamentalmente las mujeres las que se encargan de preparar la comida, fregar los platos, hacer la compra y limpiar la casa. Entre los hombres solo predominan los pequeños arreglos domésticos y las gestiones con los bancos. Solo en el caso de la organización de actividades sociales conjuntas el 45 % del total de las personas entrevistadas afirman que se realiza con la pareja por igual. Es llamativo, sin embargo, que los datos de la misma entrevista reflejen que la mayoría de las mujeres estén de acuerdo con este reparto de las tareas domésticas, lo que refleja la profunda huella de una cultura patriarcal.

Por otro lado, también son mayoritariamente las mujeres las que cuidan de personas dependientes<sup>7</sup>. En concreto, de las 4.426,6 mil personas que cuidan a personas dependientes (según datos de 2016) el 58,9 % son mujeres; la mitad de ellas con una edad comprendida entre los 45 y los 64 años. Por otro lado, hay casi un millón y medio de menores de 3 años, edades que exigen cuidados infantiles; sin embargo, solo el 43,7 % acuden a algún centro siendo en su mayoría los hogares los que soportan el coste (el 54,6 % de los hogares pagan el coste en su integridad, el 22,5 % una parte y el 22,2 % no tiene que pagar), aunque más de la tercera parte paga este servicio con dificultad.

<sup>7</sup> INE. Encuesta de Condiciones de Vida. Módulo 2016. Acceso a los servicios.

En definitiva, tanto las tareas domésticas como los cuidados a mayores y menores realizados muy mayoritariamente por mujeres condicionan la posibilidad de estas de incorporarse al mundo laboral y de conciliarlo con la vida personal. Además, la mala calidad del empleo y los bajos salarios dificultan aún más la capacidad de decisión de muchas mujeres y hombres para dar el paso de la emancipación, comenzar una vida en pareja con su propio hogar y tener descendencia.

#### 4. PRIMERAS CONCLUSIONES Y ALGUNOS RETOS

De lo visto hasta aquí pueden desprenderse varios retos para el actual modelo de protección de la familia. Uno de ellos, quizás el más relevante, es el cultural. Aunque se está produciendo cierta agitación social a raíz de la exigencia que muchas mujeres han expresado en voz alta y clara el pasado 8 de marzo en España, los sondeos y encuestas siguen mostrando todavía altos porcentajes de acomodación a la desigualdad de género. Aún es alto el porcentaje de personas que consideran que las mujeres son las responsables de las tareas domésticas y de los cuidados familiares y, cuando tienen hijos pequeños, no deben trabajar o deben hacerlo a tiempo parcial. La educación en valores de igualdad, la incorporación de ejemplos de mujeres relevantes en todas las materias de estudio, la promoción de iniciativas que rompan barreras en la percepción social del papel que juegan las mujeres, el incremento de su visibilidad en puestos de responsabilidad, trabajar para potenciar su autoestima, e incrementar la corresponsabilidad masculina son objetivos claros.

Pero cabe preguntarse también si el actual modelo de apoyo a las familias responde a la necesidad de adelantar la edad de emancipación de las mujeres –algo que depende en buena medida de las condiciones de trabajo y salariales–; a la necesidad de incrementar sus tasas de empleo –lo que conlleva romper barreras en el acceso y en la promoción profesional–; a la necesidad de apoyar la decisión de tener descendencia, máxime cuando se trata de una familia numerosa –lo que, además, requiere medidas activas de apoyo a la conciliación de la vida laboral y familiar–; a la necesidad de acceder a una vivienda por un precio razonable –sea de alquiler o en propiedad–; a la necesidad de considerar que hay cada día más variedad de tipos de familias –por tamaño, por formalidad de la relación, por orientación sexual, por cruces de estados civiles–.

Reconsiderar las políticas fiscales, de seguridad social y laborales para mejorar el modelo de protección social y laboral de las familias parece, pues, obligado.

### III. LA PROTECCIÓN SOCIAL DE LA FAMILIA (Y LA CONCILIACIÓN) EN ESPAÑA

España dispone de un amplio catálogo<sup>8</sup> de ayudas sociales y servicios para la protección social de la familia, en el que se incluyen prestaciones de distinta naturaleza que alcanzan prestaciones familiares de la Seguridad Social, permisos parentales y excedencias; ayudas en materia de empleo; beneficios fiscales por hijo a cargo y otras circunstancias familiares en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (I.R.P.F.); ayudas sociales a familias numerosas; ayudas sociales a familias monoparentales; prestaciones sociales del sistema público de servicios sociales a las familias; ayudas para familias con personas en situación de dependencia; ayudas en caso de impago de pensiones de alimentos en situaciones de separación o divorcio; servicios para cuidado de niños/as menores de 3 años; apoyo a padres, madres y personas con responsabilidades parentales; becas y ayudas al estudio del Ministerio de Educación, Cultura y Deporte; ayudas en materia de vivienda; ayudas sociales para afectados por el virus de la hepatitis C (VHC) o el virus de inmunodeficiencia humana (VIH); actividades de cultura, deporte y turismo para familias; y el uso seguro de las Tecnologías de la Información y la Comunicación.

Se trata así de un catálogo muy amplio de prestaciones y beneficios sociales en el que participan políticas públicas relacionadas con la protección social, el empleo, la fiscalidad, la

<sup>8</sup> MINISTERIO DE SANIDAD, SERVICIOS SOCIALES E IGUALDAD. Guía de de ayudas sociales y servicios para las familias 2018. Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, Madrid. 2018.



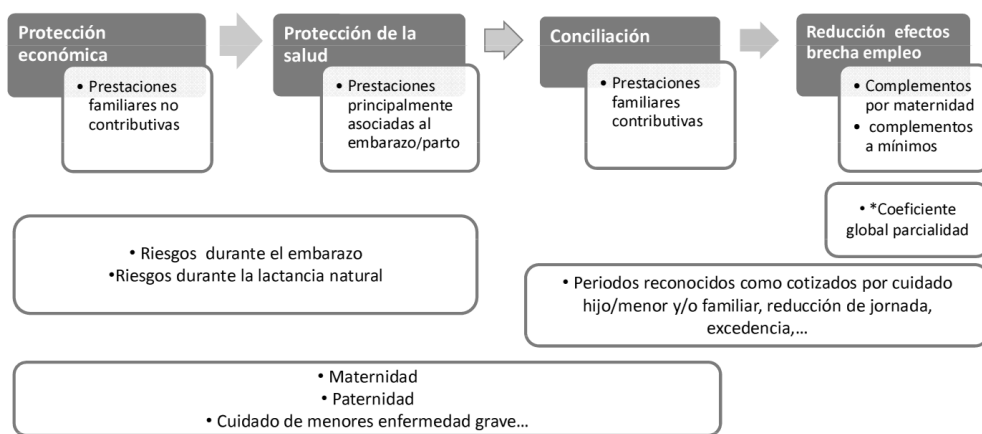
educación, la vivienda y la salud; caracterizado, sin embargo, por una cobertura e intensidad desigual entre las mismas.

En el caso de la Seguridad Social, que nos ocupa en este estudio de forma prioritaria, las principales vías de apoyo han evolucionado con el tiempo. Comenzaron definiéndose prioritariamente desde un criterio de protección estrictamente económica a la familia y la maternidad-paternidad donde se incluía también la protección de la salud principalmente de la madre, evolucionando después a uno más avanzado en el que han ganado peso las medidas de fomento y apoyo a la conciliación entre los ámbitos laboral y personal y, por último, incluyendo medidas orientadas a reducir el impacto que el cuidado familiar puede ocasionar sobre las carreras de cotización de las personas.

En gran medida la evolución que han registrado las prestaciones de Seguridad Social ha sido consecuencia de la evolución que el concepto de familia ha registrado en nuestro país, y muy singularmente, de la mayor participación de la mujer en el mercado de trabajo a lo largo de su vida. En la medida en la que la familia reducía su capacidad tradicional para absorber la necesidad de cuidados y crecía la interdependencia de los mismos con la vida profesional de las personas, las prestaciones han evolucionado orientándose a cubrir las nuevas necesidades de aquellas. De hecho, la mayoría de ellas se han diseñado o reformulado de forma que den cobertura simultánea a varias necesidades. A continuación se presenta una sistematización de las mismas que, sin pretender ser exhaustiva, busca ayudar a visualizar el diseño del que hablamos.

Ilustración 9. Esquema de las prestaciones familiares y de conciliación del sistema de Seguridad Social.

### Esquema de las prestaciones familiares y de apoyo a la conciliación de la Seguridad Social (e instrumentos asociados)\*



## 1. PRESTACIONES FAMILIARES NO CONTRIBUTIVAS DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Como ya se ha mencionado, en una primera etapa la acción protectora del sistema se priorizó sobre las prestaciones económicas de apoyo a la familia. Se trata de un cuerpo de prestaciones familiares con una amplia cobertura que, sin embargo, presenta evidentes limitaciones en cuanto a su intensidad (cuantía).

Las prestaciones familiares están destinadas a cubrir la situación de necesidad económica o de exceso de gastos que produce, para determinadas personas, la existencia de responsabilidades familiares y el nacimiento o adopción de hijos en determinados casos:

- Prestación económica por hijo o por menor a cargo en régimen de acogimiento familiar permanente o guarda con fines de adopción
- Prestación económica por nacimiento o adopción de hijo, en supuestos de familias numerosas, monoparentales y en los casos de madres con discapacidad
- Prestación económica por parto o adopción múltiples

Las cuantías de estas prestaciones, al igual que los límites de ingresos, varían de unas prestaciones a otras, como se presentan en la tabla siguiente.

Como pauta general cabe señalar el establecimiento de cuantías claramente bajas en el caso de las prestaciones asociadas al cuidado de menores sin discapacidad (291 euros/año) que, además exigen que el beneficiario acredite un límite de ingresos para su reconocimiento; mientras que las cuantías se elevan significativamente en los casos de hijos o menores con discapacidad (hasta un máximo de 6.842,40 euros/año) y que, en este caso, se encuentran exentas del requisito del límite de ingresos.

Tabla 2. Prestaciones familiares no contributivas.

<b>Prestaciones familiares (no contributivas)</b>	<b>cuantías máximas (euros)</b>	
<b>ASIGNACIÓN ECONÓMICA POR HIJO O MENOR A CARGO</b>		
	<b>Importe mensual</b>	<b>Importe anual</b>
Menor de 18 años no discapacitado	-	291,00
Menor de 18 años con discapacidad igual o superior al 33%	-	1.000,00
Mayor de 18 años con discapacidad igual o superior al 65%	380,10	4.561,20
Mayor de 18 años con discapacidad igual o superior al 75%	570,20	6.842,40
<b>Límite de ingresos para acceso Asignación económica hijo a cargo no discapacitado.</b>		
Se establece en 11.953,94 euros/año, que se incrementa en un 15% por cada hijo o menor		
<b>Límite de ingresos para acceso Asignación económica hijo a cargo con discapacidad</b>		
No se exige límite de ingresos		
<b>PRESTACIÓN ECONÓMICA PAGO ÚNICO POR NACIMIENTO O ADOPCIÓN EN FAMILIAS NUMEROSAS, MONOPARENTALES O MADRE DISCAPACIDAD.</b>		
	<b>Pago único</b>	
Prestación de pago único	1.000,00	
<b>Límite de ingresos para acceder a prestación de pago único nacimiento o adopción...</b>		
Límite mínimo de ingresos familias no numerosas: $Lm = 11.953,94 \text{ €} + 1.793,10 \text{ €} (n - 1)$ //		
Límite mínimo ingresos familias numerosas: $Lm = 17.991,42 \text{ €} + 2.914,12 \text{ €} (n-3)$ para $n \geq 3$ //		
// [siendo "n" es número de hijos a cargo]		
<b>PRESTACIÓN ECONÓMICA PAGO ÚNICO POR PARTO O ADOPCIÓN MÚLTIPLES</b>		
número de hijos nacidos	número de veces el importe mensual del SMI	<b>Pago único</b>
2	4	2.943,60
3	8	5.887,20
4 y más	12	8.830,80
<b>Límite de ingresos para acceder a prestación de pago único por parto o adopción</b>		
No se exige límite de ingresos		

Del mismo modo, las cuantías establecidas para las prestaciones asociadas al parto o adopción se limitan a los casos de familias numerosas, monoparentales, de madre con discapacidad, y a los casos de parto múltiple. Precisamente en este último caso es donde se concentra la mayor intensidad proteccional, tanto en la cuantía de la prestación como en la facilidad de acceso al excluir el requisito de límite de ingresos.

En la práctica, las prestaciones familiares no contributivas se concentran especialmente en la protección de los hijos con discapacidad, principalmente aquellos que presentan una discapacidad

severa (superior al 65 %), donde las prestaciones se han establecido con carácter universal al excluir el requisito de límite de ingresos, con una duración indefinida, y en una cuantía relativamente significativa que se aspira mantener mediante su revalorización anual. Otro tanto cabría señalar de las ayudas por parto múltiple.

Por el contrario, el resto de la acción protectora previsto en el régimen jurídico de estas prestaciones (menores sin discapacidad, hijos con discapacidad leve, y ayudas al nacimiento o acogimiento en el caso de familias numerosas, monoparentales o de madre con discapacidad), sufre una clara infra-atención por parte del legislador de la que da cuenta las inferiores cuantías, en ocasiones paupérrimas, que, además, se ven sistemáticamente congeladas en las últimas leyes de presupuestos generales del Estado.

El elevado grado de cobertura alcanzado con carácter general por estas prestaciones, que en 2017 rozó la cifra de 1,1 millones de beneficiarios anuales, se ve limitado por unas bajas cuantías a excepción de los casos de las prestaciones asociadas a hijos con discapacidad severa, que en el mismo ejercicio registraron 190.119 beneficiarios. El gasto total asociado a estas prestaciones en 2017 se situó en 326 millones de euros, de los que prácticamente una cuarta parte se destinó a las prestaciones asociadas a hijos con discapacidad severa. De este modo, el nivel de protección social que finalmente ofrecen las prestaciones familiares no contributivas es bastante inferior al que en un principio cabría esperar de una prestación que protege a más de 1 millón de beneficiarios.

## 2. MATERNIDAD Y PATERNIDAD

Las prestaciones económicas por maternidad y paternidad tratan de cubrir la pérdida de rentas del trabajo o de ingresos que sufren los trabajadores, por cuenta ajena o por cuenta propia, cuando se suspende su contrato o se interrumpe su actividad para disfrutar de los períodos de descanso por maternidad, adopción y acogimiento, legalmente establecidos.

Estas prestaciones están incluidas dentro de la acción protectora de todos los Regímenes del Sistema y son el principal ejemplo, principalmente en el caso de la maternidad, de cómo las prestaciones de Seguridad Social asociadas al cuidado familiar han evolucionado desde un paradigma estrictamente vinculado a la protección económica y de la salud, hacia un modelo complementario vinculado a facilitar la conciliación laboral y familiar.

Las prestaciones de maternidad tienen así una duración de 16 semanas, ampliables por periodos de 2 semanas adicionales en determinados casos (parto, adopción o acogimiento múltiple; hijos o menores con discapacidad;...), que contempla la posibilidad de disfrutarse de forma compartida con el otro cónyuge, e incluso un régimen de disfrute que contempla la jornada parcial, lo que permite extender la duración de la prestación más allá de las 16 semanas originales. Todo ello en la idea de posibilitar que esta figura de protección social se adapte mejor a las necesidades de conciliación que puedan tener las familias.

El caso de la prestación de paternidad ha partido históricamente de un perfil de prestación mucho menos avanzado, y cuyas limitaciones en buena parte aún sufre, si bien en los últimos dos años ha experimentado un evidente avance. Por ejemplo, incrementando sucesivamente su duración de las 2 semanas que se reconocían hasta 2016 a las actuales 5 semanas, ampliable por periodos de 2 días adicionales en los casos de parto, adopción o acogimiento múltiples; incorporando como novedad que la 5ª semana del permiso pueda tener carácter “volante”, de modo que se puede disfrutar en cualquier momento dentro de los primeros 9 meses de vida del hijo, la adopción o acogimiento; pudiendo también disfrutarse a tiempo parcial, con la consiguiente ampliación proporcional de la duración.

El acceso a estas prestaciones, encuadradas dentro de las contingencias comunes, se ha flexibilizado, de forma singularmente clara en el caso de la maternidad, en la idea de ayudar a garantizar una cobertura cuasi-universal. Ejemplo de ello es, por ejemplo, el reconocimiento de la prestación a trabajadores y trabajadoras en situación de alta o asimilada, lo que, entre otras situaciones, permite acceder a las mismas a las personas paradas con prestación contributiva de

desempleo; el establecimiento en el caso de la maternidad de un requisito de cotización adaptado a la edad de la madre, de modo que el requisito se reduce conforme lo hace la edad de la madre, hasta el punto de suprimirse cuando esta tiene menos de 21 años; e incluso el reconocimiento de una prestación de maternidad no contributiva en la que tampoco se exige cotización previa a la que pueden acceder las personas mayores de 21 años. Sin embargo, en el caso de la paternidad, deudora aún de ese diseño más arcaico al que antes nos referíamos, sin contar con un régimen de acceso tan favorable como el de la maternidad, mantiene no obstante un requisito de cotización que tampoco resulta singularmente estricto (180 días cotizados en los 7 años inmediatamente anteriores al inicio del descanso, ó, alternativamente, 360 días a lo largo de toda la vida laboral).

La cuantía de ambas prestaciones es significativamente superior a la mayoría de las prestaciones del sistema. Se establece en el 100 % de la base reguladora, calculada con la misma fórmula que se utiliza para las prestaciones de incapacidad temporal por contingencias comunes.

De este modo, podemos concluir que las prestaciones de maternidad y paternidad resultan unas de las más avanzadas de nuestro ordenamiento jurídico a la hora de articular instrumentos que conecten la protección económica, la de salud y las herramientas de conciliación de la vida profesional y familiar.

En 2017 se reconocieron un total de 268.328 prestaciones de maternidad, con un gasto asociado de 1.519 millones de euros, y 264.632 prestaciones de paternidad, con un gasto de 399 millones de euros.

### **3. RIESGO DURANTE EL EMBARAZO Y RIESGO DURANTE LA LACTANCIA NATURAL**

Estas prestaciones económicas, consideradas como derivadas de contingencia profesional, tratan de cubrir la pérdida de ingresos que se produce, cuando la trabajadora es declarada en situación de suspensión del contrato de trabajo, según los casos, por riesgo durante el embarazo o durante la lactancia natural de un menor de 9 meses, en los supuestos en que, debiendo cambiar de puesto de trabajo o de actividad por otro compatible con su estado, dicho cambio no resulte técnica u objetivamente posible o no pueda razonablemente exigirse por motivos justificados.

Ambas prestaciones se incorporaron *ex novo* al ámbito de protección del sistema de Seguridad Social en 2007, a raíz de la aprobación de la Ley Orgánica 3/2007 para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Su diseño corresponde a un planteamiento estrictamente centrado en la protección económica y de la salud de la trabajadora cuyas condiciones laborales no puedan ser modificadas y afecten a su estado de madre gestante o lactante.

La duración de ambas prestaciones se mantiene en tanto no se modifiquen las condiciones laborales que la originaron, con el límite de 9 meses en el caso del riesgo de lactancia y el del parto en el caso del riesgo de embarazo.

La cuantía de las prestaciones es igualmente superior a la de la mayoría de las prestaciones de Seguridad Social. Dicha cuantía se sitúa en el 100 % de la base reguladora, que se calcula a su vez tomando como referencia la de la prestación de incapacidad temporal por contingencias profesionales.

En 2017 se reconocieron 21.271 prestaciones de riesgo durante el embarazo, con una previsión inicial de gasto de 372 millones de euros; y 422 prestaciones de riesgo durante la lactancia natural, con una previsión de gasto de 8 millones de euros.

### **4. CUIDADO DE MENORES AFECTADOS POR CÁNCER U OTRA ENFERMEDAD GRAVE**

Se trata de una prestación económica destinada a los progenitores, adoptantes o acogedores que reducen su jornada de trabajo para el cuidado del menor a su cargo afectado por cáncer u otra grave enfermedad.

El subsidio tiene por objeto compensar la pérdida de ingresos que sufren los interesados al tener que reducir su jornada, con la consiguiente disminución de su salario, por la necesidad de cuidar de manera directa, continua y permanente a los hijos o menores a su cargo, durante el tiempo de su hospitalización y/o tratamiento continuado de la enfermedad.

Tanto los requisitos de acceso como la cuantía de la prestación se han diseñado tomando como referencia la prestación de maternidad<sup>9</sup>, con la salvedad de que en este caso se exige que ambos progenitores se encuentren empleados y sólo uno de ellos acceda a la reducción de jornada que da derecho a la prestación.

Esta prestación se incorporó *ex novo* al catálogo de prestaciones de la Seguridad Social a partir del año 2011, tratando de dar respuesta a la ausencia de prestaciones relacionadas con permisos parentales que ayuden a la conciliación laboral y familiar en determinados casos. De hecho, esta es la única prestación de la que disponemos con un fin similar, que conecte la protección económica de las familias con los mecanismos de conciliación; si bien, su diseño es todavía claramente inadecuado y convendría su revisión.

En este sentido, por ejemplo, destaca el hecho de que estas prestaciones se consideren derivadas de contingencia profesional, lo que claramente carece de justificación técnica al no existir ningún tipo de vinculación entre el trabajo del titular y la prestación, más allá de la necesidad de reducir la jornada laboral; con las relevantes implicaciones de financiación y gestión que ello supone. Del mismo modo, la prestación no contempla el derecho a cotización por la parte de jornada que el trabajador/a ha reducido, de manera que se producen evidentes efectos sobre los periodos y las bases de cotización que, en atención a la dilatada duración de las enfermedades que dan origen a la prestación, pueden llegar a tener consecuencias muy relevantes sobre la carrera de cotización de quienes se ven obligados a acudir a esta prestación.

Quizá la principal conclusión que cabría destacar es que se trata de una prestación novedosa, que busca cubrir la ausencia de permisos parentales que presenta nuestro sistema de protección social. Si bien lo hace de manera limitada a las situaciones de hijos y menores afectados de enfermedades graves que exigen hospitalización y cuidado directo y permanente, con un nivel de cobertura amplio, pero lejos de la universalidad que, en principio, parecerían exigirse a los permisos parentales; aunque reconoce unas cuantías significativamente altas. Del mismo modo que debería reconsiderarse la ubicación de esta prestación dentro de las contingencias profesionales, en lugar de las contingencias comunes que le son más apropiadas; así como la conveniencia de redefinir el alcance de la propia prestación para evitar el efecto que sobre los periodos de cotización presenta actualmente.

En 2017 se reconocieron 4.263 prestaciones de cuidado por hijo afectado por una enfermedad grave o cáncer, con una previsión inicial de gasto de 57 millones de euros.

## 5. PRESTACIONES FAMILIARES CONTRIBUTIVAS

No se trata de prestaciones económicas, sino de periodos reconocidos como cotizados, generalmente asociados a situaciones de permisos, excedencias y reducciones de jornada reconocidas con el objetivo de ayudar a la conciliación laboral y familiar, que no tienen asociada una prestación económica sustitutiva de salario.

Junto con el salario, el tiempo de cotización efectiva es el factor que más influye en el nivel de protección que el sistema de Seguridad Social puede reconocer. En esta idea, las prestaciones familiares contributivas tienen el doble objetivo de ayudar a la conciliación y contribuir a la reducción del impacto que, precisamente la insuficiencia de medidas de conciliación existentes, terminan por proyectar en la carrera de cotización de las trabajadoras/es.

Los objetivos que se persiguen con estas prestaciones son múltiples:

<sup>9</sup> Se da la diferencia de que en el caso de la prestación económica por hijo enfermo se utiliza como referencia para determinar su cuantía, la base reguladora de la incapacidad temporal derivada de contingencias profesionales.

- El efecto que despliegan los periodos reconocidos como cotizados es doble: ayuda a completar carreas de cotización (lo que puede ayudar a acceder antes a determinadas prestaciones, como la jubilación), al tiempo que supone un incremento sobre las cuantías de prestaciones futuras (por ejemplo, cada año de cotización supone aproximadamente dos puntos porcentuales de la base reguladora).
- El hecho de que la medida se articule en forma de periodo de cotización efectiva coincidiendo con periodos de inactividad de las personas trabajadoras, supone garantizar que con esta medida se ayuda precisamente a quienes más gravemente se han visto afectados por las situaciones de inactividad. Este modelo permite concentrar los recursos precisamente en estos casos, a diferencia de como lo hacen las medidas de beneficios indiscriminados, por ejemplo, por razón de maternidad, de las que se benefician todas las personas con independencia de que su carrera laboral se haya podido o no ver afectada.
- Aún siendo conscientes de que las beneficiarias mayoritarias de estas medidas serán las mujeres, desde las organizaciones sindicales se viene insistiendo en un diseño “unisex” de estas medidas, de forma que puedan disfrutarlo las personas (mujeres y hombres) que hayan visto afectada su carrera de cotización por atender a cuidados de terceros. Con ello se busca fomentar también la transmisión de los valores de responsabilidad compartida que deben regir las sociedades modernas y avanzadas.

Aunque lamentablemente el Gobierno no publica ningún tipo de seguimiento estadístico del grado de utilización de estas medidas, sí podemos establecer la capacidad de mejora de las prestaciones y, por tanto, las posibilidades que ofrecen para la reducción de la brecha de empleo que se deriva de la insuficiencia de recursos públicos que ayuden a la conciliación.

#### A) Periodos reconocidos por cuidado de hijos a cargo

Se trata de un nuevo derecho originado en la Reforma de pensiones de 2011 (Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social), permite el reconocimiento como cotizados de periodos en los que se haya interrumpido la carrera de cotización como consecuencia del cuidado de un hijo o menor, durante el tiempo que media entre los 9 meses anteriores al parto (3 en caso de adopción) y la finalización del sexto año posterior a esa situación.

Durante este lapso de tiempo, el sistema de Seguridad Social dará por cotizados los periodos de interrupción de la actividad profesional de la madre o el padre, con independencia de la causa de la extinción de la relación laboral previa.

Los periodos de interrupción pueden darse de forma continuada o discontinua durante dicho lapso de tiempo. El periodo reconocido como cotizado puede de ser de hasta 270 días (9 meses) por cada uno de los hijos o menores que se tengan, con un máximo de 5 años.

#### B) Excedencia por cuidado de hijos

La Reforma de Pensiones de 2011 amplió este derecho hasta llevarlo a un periodo máximo de tiempo reconocido como cotizado de 3 años, sin límite de tiempo.

De forma que en estos casos la trabajadora o el trabajador que opte por reducir su jornada de trabajo por cuidado de hijo, verá cómo el sistema le computa los tres primeros años de excedencia como si lo hubiese trabajado a jornada completa.

Este derecho puede ejercerse sin límite máximo de tiempo, por cada uno de los hijos o menores por los que se decida acogerse a esta medida, salvo cuando se disfruta de forma combinada con la anterior, en donde opera el límite máximo de 5 años.

**C) Excedencia por cuidado de otros familiares**

El sistema de Seguridad Social reconoce como cotizado hasta 1 año de excedencia por cuidado de familiares de hasta segundo grado que por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad no pueda valerse por sí mismo y no desempeñe actividad retribuida.

Este derecho puede ejercerse sin límite máximo de tiempo, por cada uno de los familiares en esta situación por los que se decida acogerse a esta medida.

**D) Reducción de jornadas por cuidado de hijos**

La legislación incluye el derecho a que las personas que reduzcan su jornada de trabajo por cuidado de un hijo o menor acogido, verán computado los 2 primeros años en esta situación como si hubiesen cotizado a jornada completa.

Este derecho puede ejercerse de forma acumulada por cada uno de los hijos o menores que se tengan sin límite máximo de tiempo.

**E) Periodos de cotización asimilados por parto**

Esta medida fue introducida por la Ley Orgánica de Igualdad (2007) nacida también de un Acuerdo de Diálogo Social con las organizaciones sindicales.

En los casos en los que la trabajadora no hubiese disfrutado del permiso de maternidad por el parto de alguno de sus hijos, el sistema de Seguridad Social computarán a efectos de las pensiones contributivas de jubilación y de incapacidad permanente un total de 112 días de cotización por cada parto de un solo hijo y 14 días más por cada hijo a partir del segundo, si el parto fuera múltiple.

## **6. PRESTACIONES (E INSTRUMENTOS) PARA REDUCIR EL IMPACTO DE LA BRECHA DE EMPLEO**

Finalmente, nuestro ordenamiento ha puesto en marcha diferentes prestaciones e instrumentos jurídicos que tienen como objetivo ayudar a reducir el impacto que la brecha de empleo puede terminar proyectando sobre las prestaciones de quienes se ven obligados a abandonar el mercado de trabajo ante la dificultad o imposibilidad de encontrar fórmulas de conciliación adecuadas.

**A) Complemento por maternidad**

El Gobierno de España estableció en 2016 un complemento de pensión en los casos de mujeres que hayan tenido dos o más hijos. Dicho complemento se aplica de forma indiferenciada a todas las nuevas altas de pensión generadas por mujeres a partir de la fecha señalada. Consiste en un complemento calculado sobre la cuantía de la pensión de manera que cuando se han tenido dos hijos el complemento es del 5 %, con tres hijos del 10 % y con cuatro o más hijos del 15 %.

Desde nuestro punto de vista cabe criticar el diseño de la medida, no tanto por su objetivo (que compartimos) sino porque no modula el nivel de ayuda en función de la necesidad de cada caso (se aplica por igual a quienes tienen pensión mínima y máxima, a quienes han visto interrumpida su carrera profesional o minorado su salario, y a quienes no se vieron afectadas en este sentido); así como también por el hecho de que excluyese nuevas formas de familia, a casos como las familias mono-parentales con un único hijo y a todas las mujeres que habían causado prestaciones antes de la entrada en vigor de la norma.

Más allá del esfuerzo que el Gobierno ha hecho por publicitar las virtudes de la medida, los datos que la Seguridad Social ha hecho públicos arrojan un saldo limitado. Si bien entre 2016 y 2017 se reconocieron este tipo de complementos a un total de 317.029 nuevas pensiones, lo que equivale al 55 % de las reconocidas a mujeres, la cuantía media del complemento ha sido de 56,17

euros/mensuales. Un resultado relevante, aunque menos intenso del que consiguen otras medidas mucho más efectivas en la reducción de la brecha de género como, por ejemplo, los complementos a mínimos.

## B) Complementos a mínimos

A la hora de estudiar la brecha de género en las pensiones, más relevante que acudir a la cuantía media de las pensiones fijando nuestra atención sobre las de menor importe, conviene analizar el papel que juegan los complementos a mínimos.

A menudo se pasa por alto el hecho de que las pensiones de cuantía singularmente baja pueden serlo porque la persona titular no cumple los requisitos requeridos para acceder al complemento a mínimos. Esto es, tiene ingresos propios y adicionales a la pensión en cuestión por encima del límite establecido, de modo que no se encuentra en situación de necesidad que justifique una mejora de pensión, que percibe en relación directa al esfuerzo contributivo que ha realizado.

Sin embargo, los complementos a mínimos nos dan una doble información en relación a la brecha de género. De un lado, dan cuenta de la mayor o menor situación de necesidad en la que se encuentran las personas que son titulares de una pensión de este tipo. De otro, la composición del complemento en cada una de las clases de pensión y situaciones que protege nos puede ayudar a entender en qué medida este instrumento contribuye a la reducción de la mencionada brecha de género.

En relación a la primera cuestión, los datos de Seguridad Social confirman que del total de pensionistas en cuantías mínimas (2,4 millones) en diciembre de 2017, el 64,6 % son mujeres. Frente a los 858.530 pensionistas hombres que tienen reconocido complemento a mínimos, las mujeres lo tienen en 1.566.859 casos, prácticamente el doble.

El 31,77 % de las pensiones de las que son titulares mujeres necesitan complemento a mínimos, mientras que en el caso de los varones esta circunstancia se limita al 18,46 %.

De igual modo que es significativo el importe medio que dichos complementos tienen en cada caso. Mientras que en los hombres, el importe medio es de 177,37 euros/mes, en las mujeres asciende a 219,27 euros/mes. Ello supone que en un ejercicio el gasto aproximado que el sistema realiza para complementar las pensiones de las mujeres asciende a unos 4.800 millones de euros, lo que da idea del verdadero potencial de esta medida en comparación con otras.

## C) Coeficiente global de parcialidad

No se trata de una prestación, sino de un instrumento jurídico definido en el marco del Diálogo Social con el objetivo, entre otros, de reducir el impacto de la brecha de empleo.

En 2013 se produjo uno de los pocos acuerdos de Diálogo Social que se han dado en materia de pensiones en las últimas legislaturas de gobiernos del Partido Popular. Precedido unos meses antes por una Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y una Sentencia del Tribunal Constitucional (STC 61/2013) donde se reconocía la denuncia sindical que veníamos haciendo desde hacía años y se declaraba discriminatoria la fórmula que utilizaba nuestra legislación para computar los periodos de cotización de las personas con contrato a tiempo parcial, las organizaciones sindicales y empresariales, junto con el gobierno de la nación, acordamos en julio de aquel año una nueva fórmula que permitiese facilitar el acceso a las pensiones contributivas para este colectivo donde las mujeres son clara mayoría.

Desde aquel momento no se exige haber cotizado 15 años a jornada completa para generar derecho a pensión contributiva (como ocurría antes), sino que es suficiente con que la trabajadora a tiempo parcial acredite 15 años en alta, con independencia del porcentaje de jornada que haya trabajado. El “coeficiente global de parcialidad” es el instrumento técnico que permite ajustar el requisito de carencia exigido con carácter general en la norma (15 años cotizados a jornada



completa) al porcentaje medio de jornada que cada trabajadora a tiempo parcial reúne a lo largo de su vida profesional (exigiéndose siempre tan sólo 15 años en alta, con independencia de la jornada media que haya cotizado).

Este mismo coeficiente global de parcialidad se aplica para determinar el requisito de cotización exigido a las trabajadoras a tiempo parcial (maternidad, incapacidad temporal, invalidez, etc.) en todas las prestaciones económicas de la Seguridad Social.

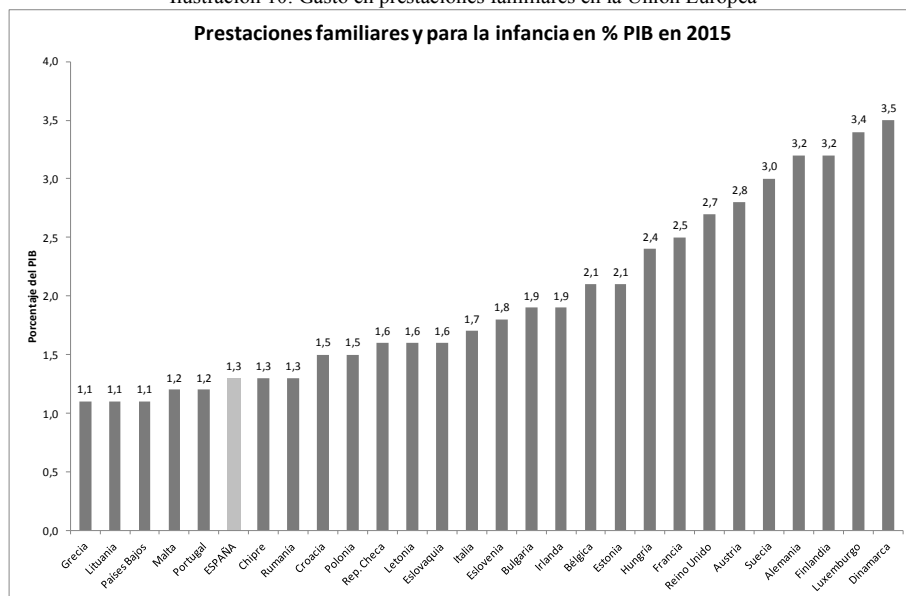
Además, aquel Acuerdo de Diálogo Social incluyó a instancia de las organizaciones sindicales que se abriese la posibilidad a reconocer el derecho a la jubilación a todas las mujeres que en su día se rechazó su solicitud por no reunir el requisito que la norma anterior establecía. De modo que hoy todas aquellas trabajadoras pueden solicitar la jubilación con la nueva legislación.

Posteriormente, y como ya se ha comentado antes, en noviembre de 2017 una nueva Sentencia del mismo Tribunal Europeo ha declarado también discriminatoria la fórmula utilizada para computar los periodos de cotización de las trabajadoras a tiempo parcial a los efectos de prestaciones por desempleo. De manera que también esta legislación se ha adaptado recientemente para facilitar el acceso a dichas prestaciones. Ahora ya no será necesario reunir 365 días de trabajo efectivo para acceder a las prestaciones de desempleo, sino que basta con reunir 365 días en alta con independencia de los días en los que se haya realizado el trabajo efectivo en dicho periodo

#### IV. LA PROTECCIÓN SOCIAL DE LA FAMILIA (Y LA CONCILIACIÓN) EN EUROPA

Para asomarnos a lo que ocurre en Europa, podemos utilizar las referencias que nos ofrece Eurostat. Los últimos datos disponibles en esta fuente para nuestro país están referidos al año 2015 y muestran que el Gasto en prestaciones familiares en España en ese año era del 1,3 % del PIB, mientras que en la media de la UE se situaba en 2014 (último año disponible) en el 2,4 %.

Ilustración 10. Gasto en prestaciones familiares en la Unión Europea



Fuente: Eurostat, Tables by functions, aggregated benefits and grouped schemes - in % of the GDP

Como puede observarse en la Ilustración 10, España es el sexto país por la cola y muy lejos de Dinamarca o Luxemburgo, a la cabeza del ranking en el porcentaje del PIB destinado al gasto en prestaciones familiares.

II Congreso Internacional y XV Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social

España gasta<sup>10</sup> en prestaciones para las familias y la infancia, en términos comparables por Estándar de Poder de Compra, 330,62 €. Con datos de 2014 (el último disponible para la UE), España gastaba el 48,8 % de la media de la UE. Además, se sitúa muy lejos de los países con mayor gasto en esta función social: Luxemburgo (2.286 €), Dinamarca (1.231 €), Alemania (1.175 €), Suecia (1.053 €) y Austria (1.041 €).

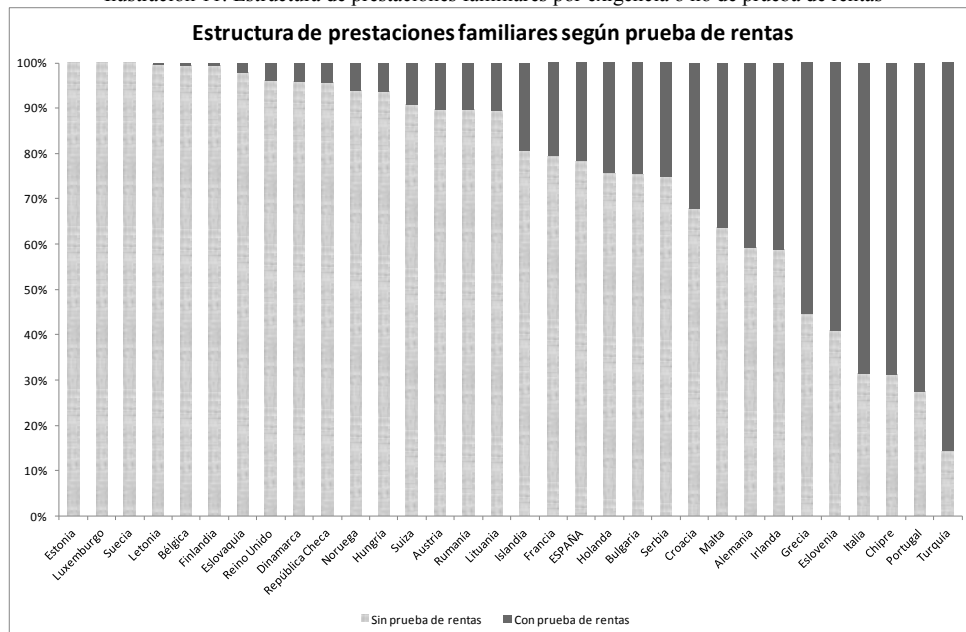
Junto a esta diferente capacidad de gasto, hay que señalar la diferente estructura que este tiene. Por un lado, según datos de la OCDE, en España el 35 % de lo gastado en prestaciones familiares corresponde a ayudas económicas, el 56 % a servicios y el 9 % a reducciones fiscales. No todos los países analizados por la OCDE tienen esta estructura de gasto, en realidad se pueden establecer tres grupos diferentes, como puede verse en la siguiente tabla.

GASTO PÚBLICO EN PRESTACIONES FAMILIARES EN 2013 (OCDE)					
Ayudas económicas >50 %		Servicios >50 %		Fiscalidad >20 %	
Eslovaquia	Nueva Zelanda	Corea	Noruega	Estados Unidos	Suiza
Luxemburgo	Reino Unido	Islandia	<b>España</b>	República Checa	Polonia
Estonia	Suiza	México	Chile	Alemania	Francia
Austria	Bélgica	Dinamarca	Finlandia	Italia	
Eslovenia	Japón	Suecia	Estados Unidos	Holanda	
Irlanda	República Checa				
Canadá	Portugal				
Australia	Turquía				

Fuente: elaboración propia a partir de los datos de OECD Family Database. El gasto total es la suma de las prestaciones recibidas como ayudas económicas (periódicas o en un solo pago), como acceso a determinados servicios o como reducciones fiscales. En la tabla se reflejan los países con mayor peso en cada uno de estos cauces de apoyo.

Por otro lado, Eurostat<sup>11</sup> permite observar si las prestaciones están vinculadas a pruebas de rentas o no. Según los datos correspondientes a 2015, el 78,3 % de las prestaciones destinadas a la familia y a la infancia no estaban vinculadas a prueba de rentas, mientras que el 21,7 % restante sí lo estaba.

Ilustración 11. Estructura de prestaciones familiares por exigencia o no de prueba de rentas



Fuente: elaboración propia a partir de los datos de Eurostat

<sup>10</sup> Dato de Eurostat referido al año 2015 a precios constantes 2010.

<sup>11</sup> Eurostat, Social Protection Expenditure, Tables by functions, aggregated benefits and grouped schemes - million EUR

No en todos los países europeos existe la misma estructura de prestaciones según haya o no prueba de rentas. Mientras en países como Estonia, Luxemburgo y Suecia no hay este tipo de exigencia, en otros como Turquía, Portugal, Chipre o Italia esta exigencia atañe al 70 % o más del gasto en prestaciones familiares.

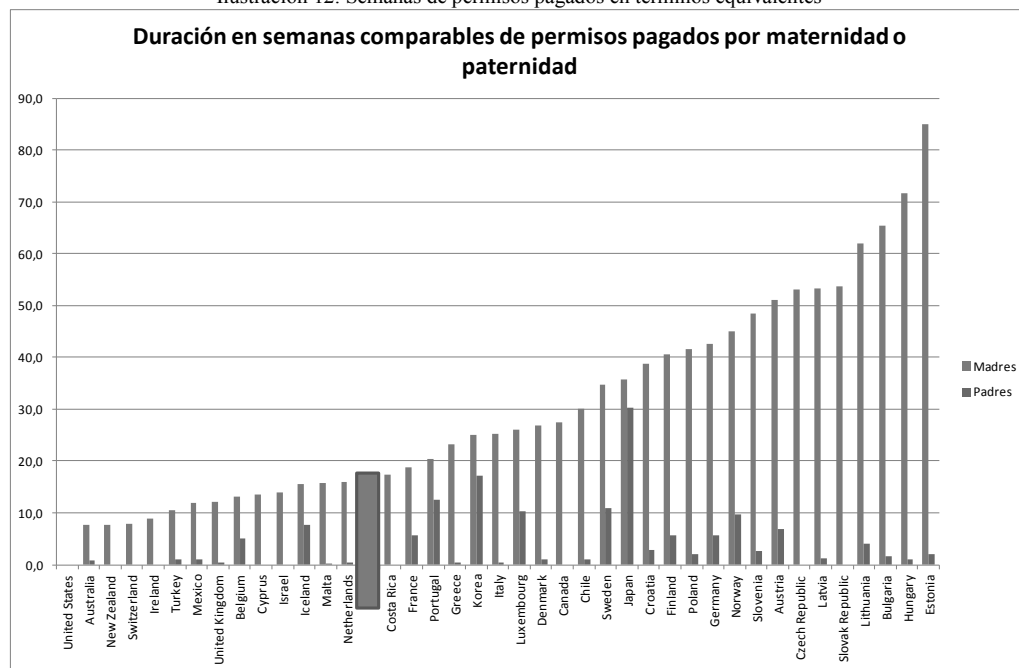
La cuestión es que con el bajo gasto que se produce en España en prestaciones familiares, las ayudas económicas en metálico son muy bajas. Lo son en comparación con lo que sucede en otros países del entorno europeo y lo son para condicionar decisiones y comportamientos. Por ejemplo, en España se pagan 291 € anuales cuando los ingresos del beneficiario no rebasen el límite establecido de 11.605,77 euros anuales más un 15 % por cada hijo o menor acogido a cargo a partir del segundo. Según los datos de la OCDE, referidos en este caso a 2010, esta es una de las cantidades más bajas de toda la UE. Baste recordar que en Alemania son 2.208 €

Mayor importancia tienen los permisos parentales. En este sentido, la OCDE distingue varios tipos de permisos que deben tenerse en cuenta:

- Permisos de maternidad, teniendo en cuenta que el convenio 183 de la OIT sobre la licencia de maternidad estipula que el período de permiso debe ser de al menos 14 semanas.
- Permisos de paternidad, no estipulados por la convención internacional. En general, los períodos de licencia de paternidad son mucho más cortos que para la licencia de maternidad.
- Permisos parentales, que a menudo son complementarios a períodos de licencia de maternidad y paternidad específicos, y con frecuencia, pero no en todos los países, sigue al período de licencia de maternidad. El derecho al permiso parental es a menudo individual (es decir, cada padre tiene sus propios derechos) mientras que el derecho a la ayuda pública se basa frecuentemente en la familia, de modo que, en general, solo uno de los padres reclama dicho apoyo en cualquier momento (excepto un breve período después del parto).
- Permisos para cuidados en el hogar, permisos de ausencia laboral protegidos que a veces siguen a los permisos parentales y que generalmente permiten que al menos uno de los padres permanezca en el hogar para prestar atención hasta que el niño tenga dos o tres años. Se ofrecen solo en una minoría de países de la OCDE y no suelen conllevar prestación económica alguna.

Teniendo todo ello en cuenta, puede observarse con mayor claridad la posición relativa de cada país, tal y como se muestra en la Ilustración 12. La OCDE ajusta la comparación teniendo en cuenta la duración en semanas de los permisos y el porcentaje que representa la prestación económica recibida durante ese periodo en relación con las ganancias anteriores. El resultado en la comparación sitúa a España, en el año 2016, en el puesto 27 entre los 41 países de la lista, en lo que a las madres se refiere.

Ilustración 12. Semanas de permisos pagados en términos equivalentes



Fuente: elaboración propia a partir de OCDE.

Total paid leave available to mothers and fathers; full-rate equivalent, in weeks. 2016.

Esta posición explica en parte el bajo gasto público en maternidad y permisos parentales por hijo nacido, a precios corrientes y paridad de poder adquisitivo, en dólares estadounidenses. En España el dato se situaba en 2013 (último dato disponible) en los 7.937\$, por debajo de los 12.316\$ calculados como media de la OCDE y muy lejos de los 35.715\$ de Luxemburgo o los 28.094\$ de Suecia.

Algunos estudios reflejan el interés de la inversión en la protección a la familia. Según Esping-Andersen<sup>12</sup>, *“a grandes rasgos, una madre que deja de trabajar durante cinco años para ocuparse de sus hijos ganará en el curso de su vida un 40 % menos que si no se hubiese detenido. Cosa que, naturalmente, implica también que el Estado percibirá durante el mismo periodo menos impuestos. A partir de los cálculos referidos al caso danés, estimo que las mujeres que se benefician de un sistema de cuidado subvencionado acaban, a largo plazo, por reembolsar (con intereses!) la subvención inicial gracias al incremento de sus ganancias a escala de una vida y a los impuestos que se derivan”*.

Esta capacidad de apoyo a las madres se traduce, a su vez, en la capacidad de estas para hacer uso de los permisos correspondientes. La proporción de madres con un menor de un año haciendo uso de un permiso de maternidad o parental era en España, en 2013, el 27,73 %, muy por debajo de lo observado en la mayoría de los países europeos, tal y como se puede observar en la Tabla 3. La duración de los permisos y la intensidad de las ayudas económicas recibidas son dos aspectos clave para que las madres empleadas puedan disfrutar de los permisos durante el primer año de vida de sus hijos. Por ejemplo, contar con plazas en escuelas infantiles incrementa la probabilidad de que una madre permanezca activa y disminuye su pérdida de ingresos.

Los países pueden ser clasificados en tres grupos, a la vista de los datos. En el primero de ellos más de dos tercios de las madres empleadas disfrutaban del permiso maternal o parental: Letonia, Lituania, Austria, Hungría, República Eslovaca, Eslovenia, Alemania, Bulgaria, Rumanía y República Checa. En el segundo, los países en los que más de un tercio y menos de dos disfrutaban

<sup>12</sup> Esping-Andersen, G. y Palier, B. Los tres grandes retos del Estado del Bienestar. Barcelona, Ariel, 2010

del permiso: Reino Unido, Polonia, Irlanda, Estonia, Luxemburgo, Italia y Portugal. Y en el tercer y último grupo, los países en los que menos de un tercio disfrutaban de los permisos: Francia, España, Holanda, Chipre, Grecia y Bélgica.

Tabla 3

**Uso del permiso por madres empleadas, 2013**

Proporción (%) de madres empleadas con un hijo/a menor de un año en permiso de maternidad o parental

	Proporción en permiso		
	Total	Un hijo/a	Dos o más hijos/as
Letonia	95,01		
Lituania	88,57		
Austria	88,31	92,26	83,97
Hungría	86,45		
República Eslovaca	79,85	78,91	80,55
Eslovenia	77,46	83,56	74,12
Alemania	76,79	81,68	71,02
Bulgaria (2012)	76,15		
Rumanía	69,20	72,71	66,05
Rep. Checa	66,20	70,35	61,49
Reino Unido	58,35	65,82	50,83
Polonia	55,60	57,39	54,17
Irlanda	53,21	47,28	56,88
Estonia	49,53		
Luxemburgo	47,31		
Italia	44,04	47,43	40,57
Portugal	35,20	36,09	34,53
Francia	30,83	21,03	40,54
<b>ESPAÑA</b>	<b>27,73</b>	<b>31,59</b>	<b>24,40</b>
Holanda	25,53	25,57	25,50
Chipre	24,06	23,08	24,59
Grecia	23,79	29,94	16,37
Bélgica	16,53	13,15	18,48

Fuente: OECD Family Database

Más allá de los datos, la comparación de las regulaciones también indica que en España aún queda mucho por hacer.

## V. CONCLUSIONES

De todo lo anterior cabría establecer algunas conclusiones de cara a una reformulación de las prestaciones:

**Los cambios socio-demográficos conllevan nuevas necesidades familiares que es necesario atender.**

1. Los cambios socio-demográficos experimentados en las últimas décadas (emancipación tardía, reducción de la tasa de fertilidad, incremento de los hogares monoparentales con hijos y nuevas formas de convivencia, incorporación de la mujer al mercado laboral,...) tienen inevitablemente un impacto relevante sobre la nueva tipología de familia y las nuevas necesidades que estas presentan, especialmente en lo relativo a la conciliación de la vida profesional y personal.
2. La nueva realidad exige cambios de carácter cultural, en gran medida relacionados con la emancipación de la mujer, su incorporación al trabajo y la redefinición de roles en términos de igualdad (educación en valores, co-responsabilidad, etc.). A su vez, aquellos deben también verse acompañados por cambios de carácter jurídico-social, que garanticen hacer efectiva la igualdad material y los instrumentos que la hacen

posible (acceso al empleo y la carrera profesional, recursos de conciliación en la empresa, servicios públicos asociados a dicha conciliación, vivienda, salud, educación etc.), donde deben activarse medidas desde distintos ámbitos: políticas fiscales, de seguridad social, laborales...

### **La protección social de la familia en España presenta importantes carencias, aunque se han abierto líneas de mejora.**

1. España cuenta con un mapa de protección social de la familia con importantes carencias de diseño, cobertura e intensidad, que es necesario corregir.
2. El conjunto de prestaciones sociales de apoyo a las familias y la infancia en España, en términos comparados con la UE, suponen un gasto que apenas alcanza el 48,8 % de la media europea.
3. Según datos de la OCDE, la estructura de protección que ofrece nuestro sistema se articula de la siguiente forma: 35 % del gasto público se dedica a prestaciones familiares de carácter económico, el 56 % a servicios, y el 9 % a reducciones fiscales.
4. El sistema de Seguridad Social ha comenzado a integrar un concepto de prestaciones que, partiendo de una concepción tradicional de protección económica y de la salud, ha comenzado a conectarlas progresivamente con la de la conciliación. No obstante, este proceso de modernización es todavía incipiente y, por ello, incompleto, estando aún lejos de consolidarse.
5. Las medidas asociadas al reconocimiento de periodos reconocidos como cotizados forman también parte de este nuevo modelo de protección social, más conectado con las medidas de conciliación.
6. Adicionalmente, el sistema de protección social ha optado por reforzar medidas orientadas a reducir la brecha de empleo, mejorando directamente las cuantías de las prestaciones de mujeres en unos casos, y en otros, facilitando el acceso a determinadas prestaciones. Ello sin duda puede ser un instrumento útil para resolver el problema de la brecha de empleo que presentan principalmente las mujeres de edad más avanzada, pero en algunos casos presenta problemas de equidad, y en ningún caso actúa sobre el verdadero origen de la brecha de empleo, que debe ser la prioridad.

### **Las prestaciones familiares de carácter económico son prácticamente inexistentes.**

1. Las prestaciones familiares de carácter económico se caracterizan por un nivel de cobertura alto (más de 1 millón de beneficiarios), pero de cuantías prácticamente inexistentes (291 €/año, en el caso de la prestación más numerosa).  
Ello supone que, en la práctica, estas prestaciones no sean verdaderamente útiles ni para garantizar un nivel suficiente de protección de la familia, ni tampoco para condicionar decisiones y comportamientos sobre los que teóricamente se busca actuar (natalidad, igualdad material, etc.).
2. Las prestaciones familiares de carácter económico se han constituido como un instrumento mucho más útil en el caso de las prestaciones asociadas a hijos con discapacidad severa.

### **Las prestaciones de maternidad y paternidad como paradigma del nuevo modelo de atención.**

1. Las prestaciones de paternidad y muy singularmente las de maternidad se han conformado como el mejor ejemplo de la transformación que se está intentando articular sobre el sistema de protección social, haciendo transitar su acción protectora desde un paradigma estrictamente económico, hacia otro complementario donde la conciliación tiene un peso mucho más relevante.  
Las claves de esta transición pasan por aumentar la duración de las prestaciones,

singularmente la de paternidad, manteniendo la intensidad (cuantía) de las prestaciones y un régimen flexible para su disfrute (utilización compartida, régimen de disfrute a jornada parcial o jornada completa, posibilidad de uso simultáneo o sucesivo, plazo de utilización amplios no ligados estrictamente al nacimiento o adopción,...).

2. A pesar de las mejoras operadas en las prestaciones de maternidad y paternidad, nuestro país aún presenta evidentes márgenes de mejora. En términos comparados con el conjunto de países que conforman la OCDE, teniendo en cuenta la duración y la cuantía de la prestación respecto de los salarios, España se sitúa en el puesto 27 de un total de 41 países.

#### **Inexistencia de permios parentales.**

1. Dentro de las principales carencias que en este ámbito presenta el sistema de protección social en España, destaca la ausencia de permisos parentales propiamente definidos como tales.
2. La prestación económica por cuidado de hijos o menores afectados por enfermedades graves o cáncer creada en 2011, aun suponiendo un avance muy relevante en la línea del reconocimiento de permios parentales, tiene establecido un ámbito de actuación muy concreto que limita su alcance (apenas 4.263 prestaciones en 2017) como instrumento de actuación amplia. Además de presentar evidentes limitaciones de carácter técnico, entre las que destaca su ubicación como prestación derivada de contingencias profesionales, que convendría corregir.

#### **Periodos reconocidos como cotizados, un instrumento útil pero todavía mejorable.**

1. Las prestaciones familiares de carácter contributivo, instrumentadas como periodos reconocidos como cotizados por cuidado de hijos o familiares, se integran también dentro de este nuevo paradigma de protección social donde la conciliación tiene un papel más relevante. Se hace necesario, sin embargo, que la Administración de Seguridad Social realice un seguimiento de su utilización y resultados que, lamentablemente, aún no se realiza.
2. Dentro de este nuevo paradigma de protección social asociada a los periodos de conciliación laboral y familiar, hemos de señalar el hecho de que las prestaciones puestas en marcha hagan optar a los beneficiarios, alternativamente, bien por una prestación económica que no conlleva cotización al sistema, bien por el reconocimiento de periodos cotizados que no llevan aparejadas prestaciones económicas que sustituyan el salario dejado de percibir. De este modo, se limita el alcance práctico de estas medidas. Sería conveniente estudiar medidas que pudiesen acercar ambas modalidades de prestación hasta encontrar un punto de equilibrio razonable.

No es extraño en este sentido el hecho de que en España sólo el 27,73 % de las madres hagan uso de un permiso parental de este tipo (excedencia o reducción de jornada, principalmente) en el primer año de vida de sus hijos, la quinta referencia más baja de toda la UE, según la OCDE.

#### **Necesidad de actuar conjuntamente desde distintos ámbitos.**

1. Junto a todo lo dicho anteriormente, debemos concluir recordando que la protección social de la familia y muy singularmente la conciliación entre la vida profesional y personal, no puede garantizarse actuando exclusivamente desde el sistema de Seguridad Social. Además de reconocer su importancia y la necesidad mejorar la capacidad que éste puede llegar a desplegar, en los términos en los que aquí se han señalado, debemos también reconsiderar el conjunto de políticas públicas (fiscales, laborales,...), ya que de otro modo se hará muy difícil conseguir dar una respuesta integral y suficiente a las nuevas necesidades que plantea el nuevo concepto de familia.





# CAPÍTULO IV. LAS PRESTACIONES DE RIESGO DURANTE EL EMBARAZO Y DURANTE LA LACTANCIA NATURAL

CARLOS JAVIER SANTOS GARCÍA  
*Subdirector General de Ibermutuamur*

## I. ORIGEN Y MARCO REGULATORIO DE LA PRESTACIÓN

Para comenzar a hablar de las prestaciones de Riesgo durante el Embarazo y durante la Lactancia natural (REL, de ahora en adelante) en nuestro sistema de Seguridad Social tenemos que retrotraernos a 1999, con la publicación de la Ley 39/1999, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras, así como su desarrollo posterior a través del Real Decreto 1251/2001.

Una Ley que es a su vez el desarrollo de la Directiva Europea 92/85/CEE y que puede ser calificada como un hito para la protección social de la mujer trabajadora en nuestro país, ya que supuso una mejora sustancial en la misma. Hasta ese momento, el sistema únicamente protegía la situación posterior al parto, con la prestación de maternidad que había sido desarrollada unos años antes a través de la Ley 42/1994. Pero a partir de entonces se pasa a proteger también a la mujer con carácter previo a la propia maternidad, tratando de preservar su salud y/o la del feto cuando exista un riesgo incompatible con la gestación y no resulte posible evitar el mismo cambiándola de puesto o de actividad por otra compatible con su estado. La prestación, en este caso, nace para cubrir la pérdida de ingresos de la trabajadora al tener que abandonar temporalmente su puesto a causa del riesgo.

Pero el hecho fundamental para entender lo que hoy es esta prestación del Riesgo se produce en 2007, con la publicación de la Ley Orgánica 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, que modificó el régimen jurídico de la misma e incorporó además la prestación de riesgo durante la Lactancia Natural. El aspecto primordial de la nueva regulación es que a partir de su entrada en vigor se consideran como prestaciones derivadas de contingencias profesionales, con todo lo que eso conlleva en relación con la situación anterior (menores requisitos de acceso, subsidio más elevado, cambios en la entidad gestora, financiación de la misma, etc...). Hasta ese momento, el riesgo durante el embarazo era una prestación no laboral y su nivel de consumo era prácticamente marginal, focalizada en lugares muy concretos y casi siempre ligada al ámbito de las administraciones públicas, especialmente las sanitarias.

La Ley que fue desarrollada en esta materia a través del Real Decreto 295/2009 y que en la actualidad tiene reflejo en el texto de la Ley General de Seguridad Social, concretamente en los artículos 186 a 189. En definitiva, un marco regulatorio que, como hemos indicado, supone un salto adelante en la protección de la mujer trabajadora y un importante avance que contribuye a ese objetivo todavía por alcanzar que es la igualdad plena de hombres y mujeres. Una igualdad todavía lejana pues nuestro mercado de trabajo continúa adoleciendo de problemas importantes y especialmente para la mujer, como la brecha salarial, la dificultad para acceder al mundo laboral y fundamentalmente a los puestos directivos de mayor responsabilidad o en relación a la conciliación de la vida personal y laboral, donde suele realizar los mayores esfuerzos para el cuidado de los hijos u otros miembros de la familia.

A lo largo del texto vamos a hacer en primer lugar un breve repaso a los aspectos generales de la prestación, dado que aún hoy es una gran desconocida, para entrar posteriormente en el consumo que se viene haciendo de la misma y, en la parte final, entrar a describir de forma sucinta aquellos factores que están condicionando el gasto y que generan importantes diferencias en el mismo. Factores que, como veremos, van incluso más allá de la situación estricta de riesgo laboral de la trabajadora y, por tanto, de la protección a la que tiene derecho.

## II. ASPECTOS GENERALES DE LA PRESTACIÓN

Como se ha indicado, las prestaciones de REL protegen a la trabajadora en el periodo previo al parto, tratando de proteger su salud y/o la del feto y cubriendo así la pérdida de ingresos que se produce cuando existe un riesgo incompatible con la gestación y no resulte posible evitar el mismo. Por tanto, el punto de partida debe ser la existencia de un riesgo, que debe ser derivado o estar relacionado con el puesto de trabajo, afectando a los procedimientos o las condiciones laborales de la mujer.

Así, no se considera situación protegida la existencia de otro tipo de riesgos o patologías que puedan influir negativamente en la salud de la mujer o en el feto pero que no se relacionan con el puesto de trabajo. Ejemplo de ello es el conocido como embarazo de riesgo, así como otras situaciones similares que son confundidas con estas prestaciones pero que tienen su encaje en todo caso en la de incapacidad temporal, puesto que además en muchas ocasiones demandan asistencia sanitaria para la mujer.

Unas prestaciones de REL que, además, forman parte de la acción protectora de todos los regímenes de nuestro sistema, lo cual podría resultar hasta paradójico puesto que, mientras que su naturaleza es de contingencia profesional se dan casos como el de las mujeres autónomas, que no tienen por qué tener cubierta esta cobertura pero que también pueden ser beneficiarias y tener derecho a percibir la prestación.

A su vez, como contingencia profesional que es tiene unos requisitos mínimos de acceso, no exigiéndose un periodo previo de cotización como sí ocurre con las de origen no laboral. De hecho, hasta 2007 eran así consideradas y requerían un periodo de 180 días para poder acceder a la prestación. Pero hoy sólo se requiere que la trabajadora se encuentre en situación de alta en Seguridad Social, evidentemente que esté embarazada (o en situación de lactancia), que desempeñe un puesto de riesgo para su estado y, finalmente, que la empresa suspenda el contrato de trabajo por imposibilidad de adaptación del puesto o por la inexistencia de otro exento de riesgo.

Respecto a la Entidad que gestiona la prestación, vuelve a ser clave la naturaleza profesional de la misma. Hasta 2007, el riesgo durante el embarazo era gestionado como una contingencia no laboral por el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS), pasando a partir de ese año a ser gestionado por la Entidad Gestora o Colaboradora responsable de la cobertura de las contingencias profesionales de la trabajadora. Desde ese momento, son básicamente las Mutuas las responsables principales de la gestión de estas prestaciones, ya que estas entidades prestan esta cobertura al 96-97 % de las empresas y trabajadores de nuestro país, siendo la presencia del INSS meramente testimonial en lo que a la gestión de estas prestaciones se refiere.

Y la gestionan además sin mayor financiación que la que procede del accidente de trabajo y la enfermedad profesional, ya que otro aspecto fundamental para entender la prestación es que no tiene asociado un mecanismo de financiación propio y, por tanto, no supone carga económica alguna para las trabajadoras ni para sus empresas. Aunque lo veremos en el apartado siguiente, este es un hecho muy relevante, pues esta ausencia de financiación es contradictoria con el comportamiento creciente del gasto al que asistimos desde el mismo año 2007, que viene incrementándose sustancialmente y suponiendo en el último ejercicio liquidado un total de 355 millones de euros para el conjunto del Sector, lo que viene a ser el doble de lo gastado en 2008.

Un gasto creciente que debe entenderse entre otras cuestiones porque la protección que ofrece el Sistema es muy cualificada, ya que el subsidio equivale al 100 % de la Base Reguladora,

cuando en la regulación anterior era como el de incapacidad temporal, del 75 %. Un porcentaje abonado íntegramente por la Mutua y que para la empresa únicamente supone mantener a la trabajadora en alta en seguridad social y cotizar la parte empresarial, mientras que será la mutua quien abone la cuota obrera deduciéndola de la prestación, además de llevar a cabo la retención del IRPF.

Por su parte, en cuanto a la duración de la prestación, se abona durante el periodo necesario para proteger la salud de la mujer y del feto frente al riesgo, de forma que el derecho nace, con carácter general, el día que se inicia la suspensión del contrato y finaliza el día anterior al de inicio del descanso por maternidad o la reincorporación al puesto de trabajo. Otros hechos que ponen el punto y final son la extinción del contrato, la interrupción del embarazo o el fallecimiento, pues en todos los casos acaban con la existencia del riesgo. É igualmente en caso de demostrarse actuación fraudulenta de la mujer para obtener o conservar el subsidio, realizando cualquier actividad laboral.

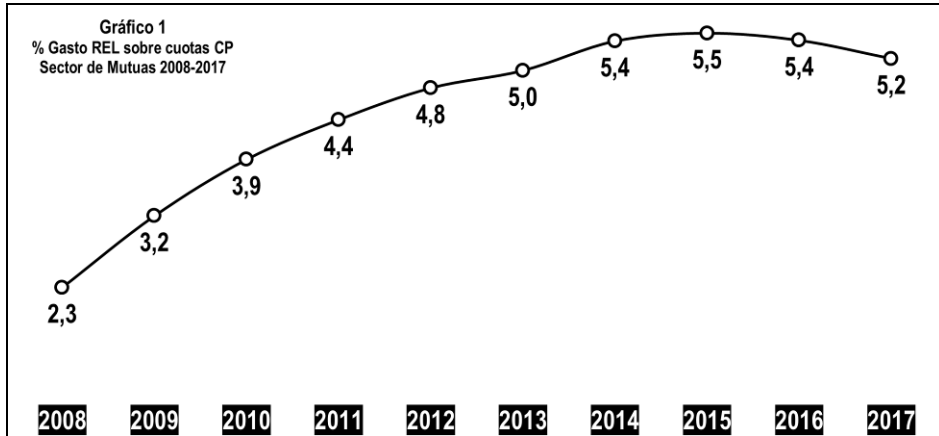
El proceso comienza a instancias de la trabajadora, que debe comunicar a la empresa su situación, acompañada de un informe médico en el que se recoja la fecha probable de parto o, en su caso, de lactante natural. A partir de ese momento es la empresa quien debe adoptar las medidas preventivas necesarias o, en su caso, el cambio de puesto de trabajo, que le permite además llevar a cabo una reducción del 50 % de la aportación empresarial en la cotización que hace para la trabajadora en las contingencias comunes. La adaptación del puesto se hace normalmente modificando la distribución del tiempo de trabajo, las características propias del puesto, suprimiendo la nocturnidad o alterando el proceso de trabajo en que esté implicada la mujer.

En cambio, si no le es posible adoptar las medidas preventivas o el cambio de puesto, es cuando la trabajadora debe solicitar a la Mutua el denominado Certificado de Riesgo, reconociendo así que las condiciones de trabajo pueden influir negativamente en la trabajadora. Si existe riesgo, la empresa suspenderá el contrato de trabajo y a partir de entonces la trabajadora puede solicitar la prestación.

Y finalmente destacar que, aunque todavía está infrautilizada, existe una garantía del proceso, consistente en que la Mutua puede acudir a la inspección de trabajo y seguridad social cuando se produzcan contradicciones en las declaraciones y certificaciones presentadas con la solicitud, o concurren indicios de posible connivencia para obtener la prestación. Así, será la Inspección quien manifieste su conformidad o discrepancia en relación con las medidas adoptadas por la empresa, que puedan determinar el derecho al subsidio.

### III. EVOLUCIÓN DE LA PRESTACIÓN

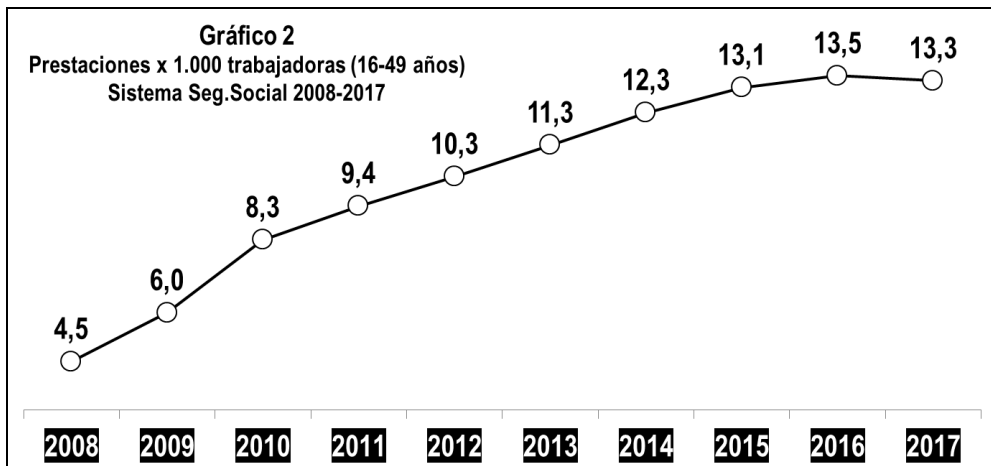
Como hemos indicado, hasta 2007 el gasto de la prestación era prácticamente testimonial, pero desde que pasó a ser considerada de origen profesional ha sufrido un crecimiento exponencial que se ha mantenido constante en la última década y que ha llevado a multiplicar el gasto por 2,5 veces, como puede verse en el gráfico adjunto:



Varias son las razones que pueden estar detrás de este incremento de su peso específico y, aunque más adelante entraremos en mayor profundidad, podemos citar que el conocimiento y uso de la prestación ha tardado en calar en el mercado de trabajo o también que el gasto está condicionado por la convivencia durante todo este periodo con la situación de crisis económica, que sin duda ha retraído la solicitud de muchas potenciales beneficiarias, singularmente en las empresas de menor tamaño y en el conjunto de las trabajadoras temporales por temor a la pérdida de empleo.

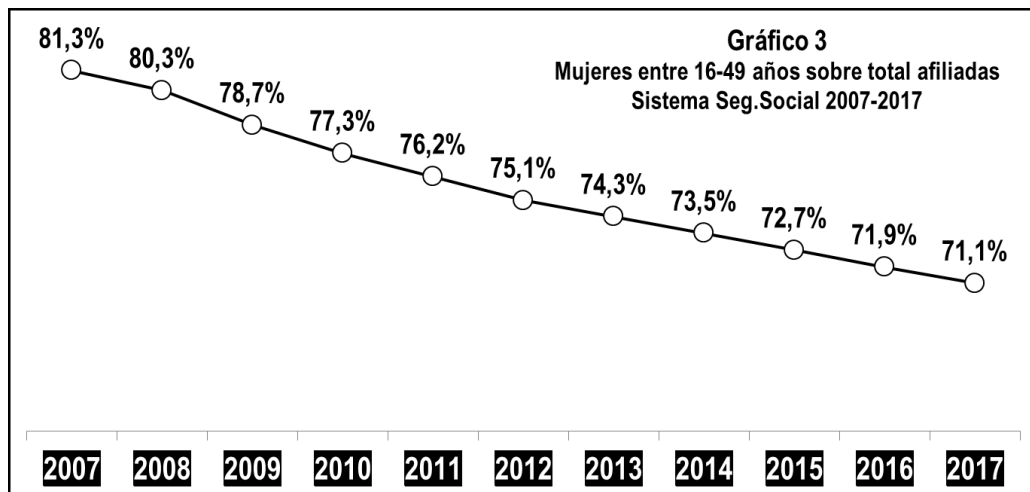
Como veremos más adelante, quizás una de las cuestiones todavía por resolver es conseguir la escasa implicación de las empresas en la gestión de la prestación, especialmente tomando conciencia de la importancia y obligatoriedad de la búsqueda de medidas preventivas como primera alternativa para hacer frente al riesgo, en lugar de optar directamente por el subsidio.

Si además sumamos que es una prestación muy cualificada en su cuantía y de duración cuantiosa, observamos un fuerte incremento en el número de casos, con una tendencia similar al gasto, como se muestra en el gráfico adjunto, que recoge el número de prestaciones reconocidas por cada mil trabajadoras protegidas entre 16 y 49 años, por tanto en edad fértil aproximada. Este índice ha crecido durante los años analizados en torno a un 200 %, lo que significa casi triplicar el dato de 2008.



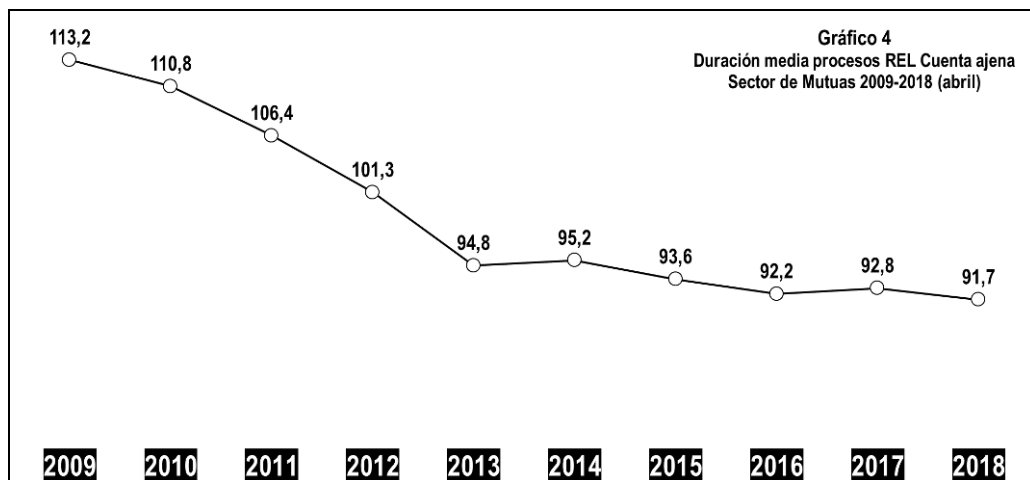
Una situación algo contradictoria con otro fenómeno que vive nuestra sociedad, el envejecimiento de la población, que está provocando también la progresiva disminución del paso específico del grupo de mayor en edad fértil en nuestro mercado de trabajo. De hecho, el siguiente

gráfico muestra el porcentaje de ellas sobre el total de las trabajadoras afiliadas a la seguridad social entre 2007 y 2017, periodo en el que se ha reducido en 10 puntos porcentuales.



Y hay que tener en cuenta además que en este periodo las Mutuas han incorporado a su gestión protocolos de actuación y guías técnicas que han permitido dotar de mayor rigor a la propia gestión, por ejemplo en relación a la semana concreta en que el riesgo se manifiesta e impide a la trabajadora llevar a cabo su trabajo con normalidad.

Este trabajo, coordinado tanto por las áreas médicas como las preventivas de las Mutuas, ha permitido controlar e incluso reducir la duración de los procesos en torno a un 20 %, como se muestra en el siguiente gráfico, que recoge datos del Sector para el periodo 2009-2018 (a mes de abril) y está referido a los procesos por cuenta ajena en la prestación de riesgo durante el embarazo.



De no haberse producido esta circunstancia y haberse mantenido las duraciones de los primeros años de la serie, hoy esta prestación estaría en niveles aún más altos de consumo, en torno al 7 % de las cuotas gestionadas por contingencia profesional.

En resumen, la realidad de los datos nos muestra que el gasto continúa aumentando año a año y que posiblemente todavía no haya tocado techo, dado que estamos ante una prestación joven que sólo tiene una década de existencia en los términos actuales y, por tanto, todavía es pronto para hablar de “madurez” en el comportamiento de la misma. Una prestación, como hemos comentado, que a pesar de lo anterior ya consume el 5-6 % de las cuotas de contingencia

profesional, aproximadamente la mitad que la incapacidad temporal de origen profesional del total de los afiliados.

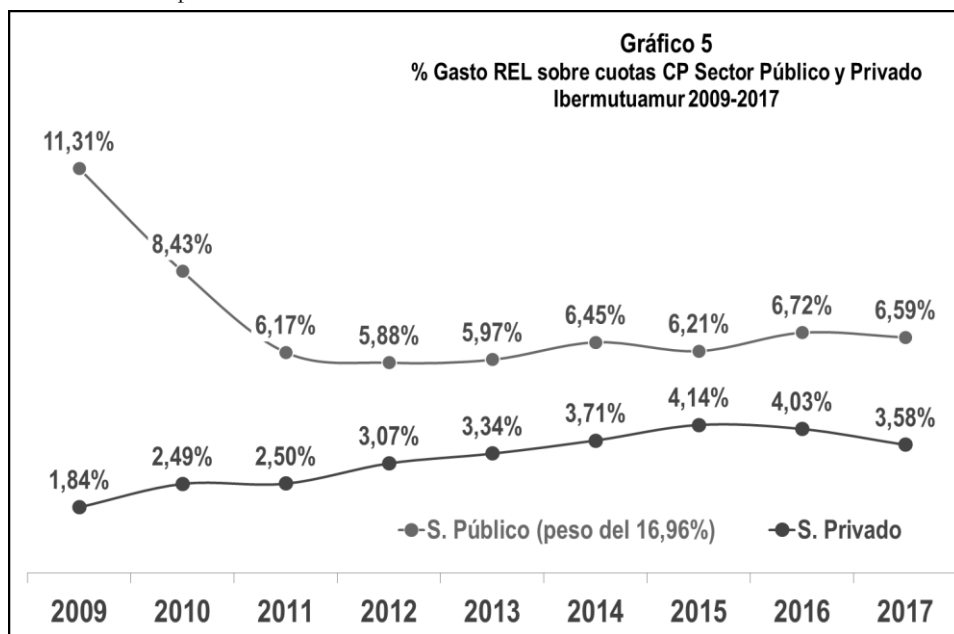
#### IV. ANÁLISIS DE LOS PERFILES DE COMPORTAMIENTO RESPECTO AL CONSUMO DE LA PRESTACIÓN

Pasamos a analizar el comportamiento de los factores que, a mi juicio, están influyendo en el incremento del número de procesos, su duración y, por tanto, también en el gasto de la prestación. Unos factores que, al igual que ocurre con otras prestaciones de Seguridad Social y especialmente en las llamadas de corto plazo, como la incapacidad temporal, son en ocasiones incluso independientes de la propia situación protegida (en este caso del propio riesgo y su relación con el puesto de trabajo), pero que a su vez pueden condicionar y de hecho condicionan su consumo.

##### 1. SECTOR PÚBLICO O PRIVADO

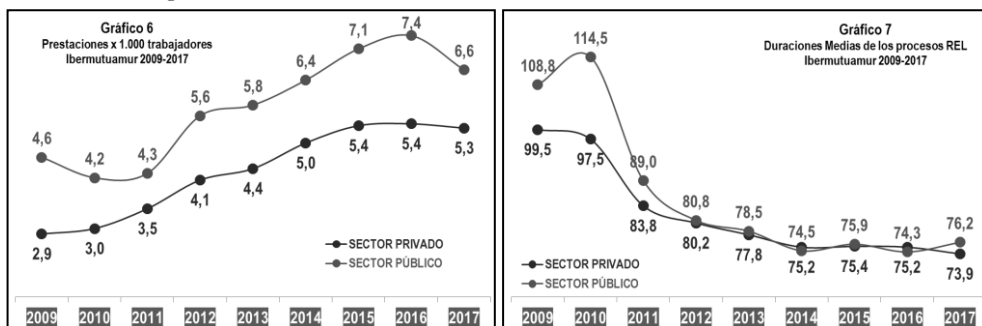
El primer factor que quiero destacar es la diferencia que existe en el consumo de la prestación en función de si la mujer es una empleada pública o del ámbito privado.

Como puede apreciarse en el gráfico adjunto, existe un diferencial importante entre ambos sectores, de forma que aunque la distancia se ha ido recortando con el paso de los años, en 2017 el gasto de esta prestación en el sector público todavía es prácticamente el doble que en el privado (6,59 % frente a 3,58 %). Pero si nos remitimos a los primeros años de la serie, como en 2009, el gasto era 6 veces superior.



Varias son las posibles razones que pueden explicar este comportamiento, por ejemplo que en las Administraciones Públicas no sólo existe mayor conocimiento de las prestaciones sociales sino que, a la vez, se dispone de mayor estabilidad y mayores garantías para los trabajadores, en este caso las mujeres, para acceder a sus derechos laborales si lo comparamos con el sector privado, dada además la precariedad laboral creciente que hoy sufre nuestro mercado de trabajo y particularmente algunos sectores de actividad, como puede ser la hostelería.

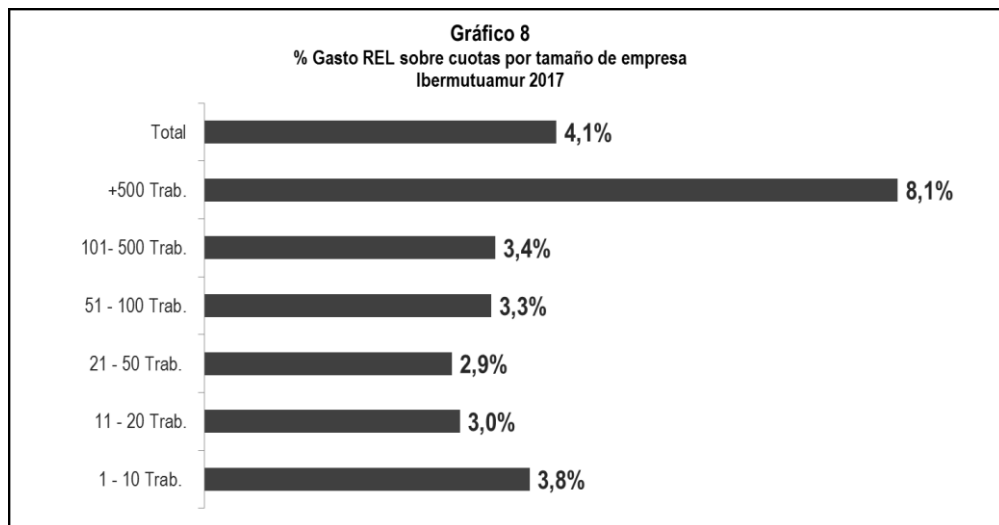
Eso hace que la incidencia de la prestación sea sensiblemente más alta en el ámbito de lo público y se convierta en el factor determinante del mayor gasto, puesto que en la duración media no existe esa desigualdad entre uno u otro sector al menos desde 2012:



A esta cuestión se suma además que, como veremos a continuación, en las empresas de mayor tamaño existe un mayor consumo de la prestación y ese es el caso de muchas de las Administraciones Públicas o que determinados sectores de actividad se gestionan en su mayoría desde el ámbito público, como las actividades sanitarias o la educación y en ellos existe un gasto elevado en relación al resto.

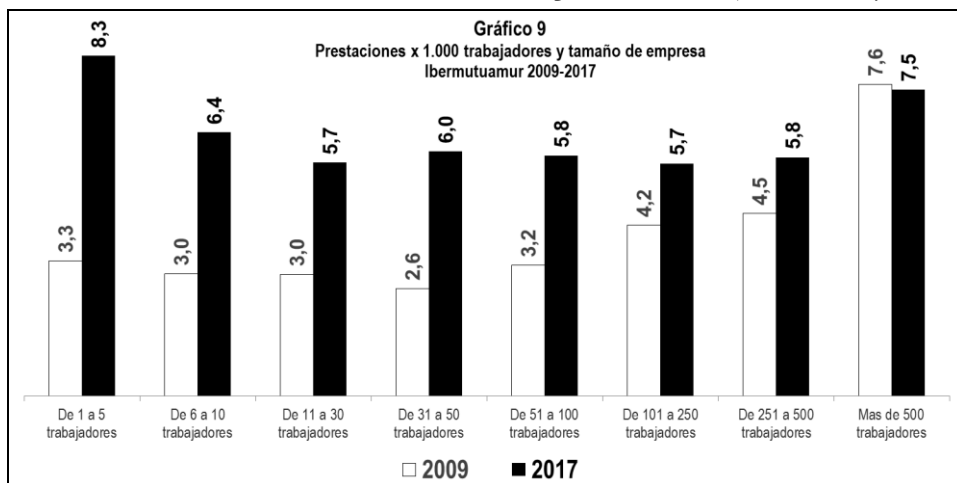
## 2. TAMAÑO DE LA EMPRESA

Otro factor diferencial es el tamaño de la empresa donde desempeñe su labor la trabajadora. De hecho, se trata de uno de los más importantes pues como muestra el gráfico adjunto es en las de mayor tamaño (más de 500 trabajadores) en las que mayor gasto existe, prácticamente el doble (8,05 % frente a 4,09 %). Aunque, como hemos visto en el apartado anterior, este gasto está muy condicionado por el del Sector Público, con Administraciones que superan en tamaño los 500 trabajadores y sin las cuales el porcentaje se vería reducido al 4,26 %. Por tanto, aunque seguiría siendo el tramo con un gasto más alto en relación a las cuotas gestionadas, se reduciría prácticamente a la mitad, puesto que esas Administraciones con más de 500 trabajadores tuvieron un gasto en 2017 del 10,92 %, lo que equivale casi al 80 % del total de gasto en el conjunto de las grandes empresas (incluyendo públicas y privadas).



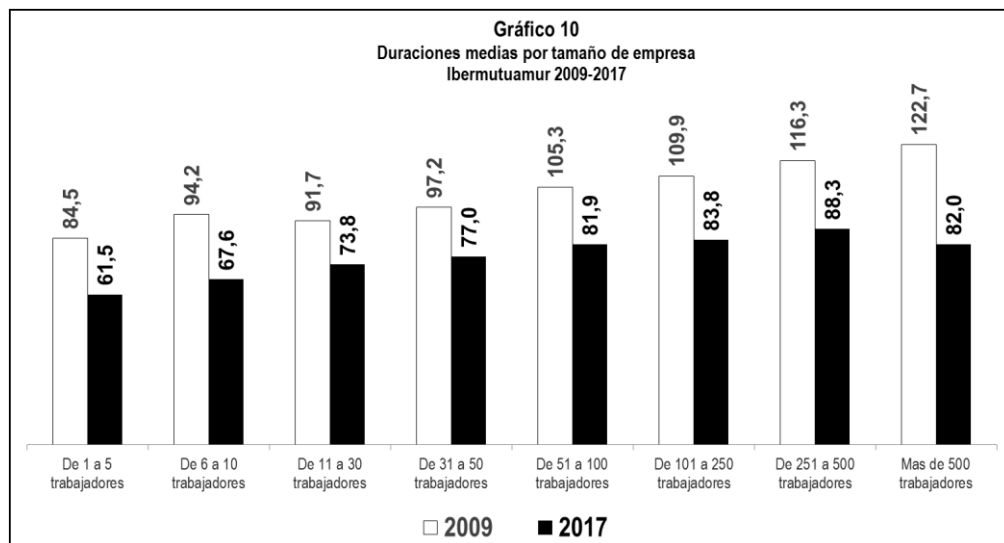
Y esta era una cuestión especialmente significativa en los primeros años de la prestación (2008-2009), en los que existía un mayor desconocimiento sobre la misma en el ámbito de las

PYMES, a las que ha tardado más tiempo en llegar. El siguiente gráfico refleja, nuevamente para Ibermutuamur, el porcentaje de prestaciones reconocidas por cada 1.000 trabajadores protegidos y para diferentes tramos de tamaño, estableciendo una comparativa entre el ejercicio 2009 y 2017.



Como puede apreciarse, en 2009 existía una incidencia mucho mayor en las empresas más grandes en relación con las más pequeñas, incluso superior al doble. De este modo, podemos decir que el REL desembarcó directamente en la gran empresa y lo está haciendo mucho más tarde en la de tamaño más reducido. Pero la tendencia de estos años nos lleva a una equiparación progresiva, de forma que el porcentaje se ha incrementado significativamente en las micropresas (de 3,30 % a 8,27 %), mientras que en las más grandes incluso se ha reducido, a pesar de lo cual sigue siendo uno de los datos más elevados (7,46 %).

Pero si además de la incidencia atendemos a la duración media de los procesos, podemos observar que mientras que en 2009 los mismos duraban un 50 % más en las grandes empresas que en las microempresas (122,7 días frente a 84,5), en 2017 las duraciones no sólo tienden a decrecer sino también a igualarse, aunque todavía con una diferencia del 33 % en favor de la pequeña empresa (61,5 días frente a 82,0).



Por tanto, aunque la evolución de la serie tiende a homogeneizar los tramos, la realidad es que todavía hoy existe un gasto mucho mayor en las grandes empresas, no sólo por tener una

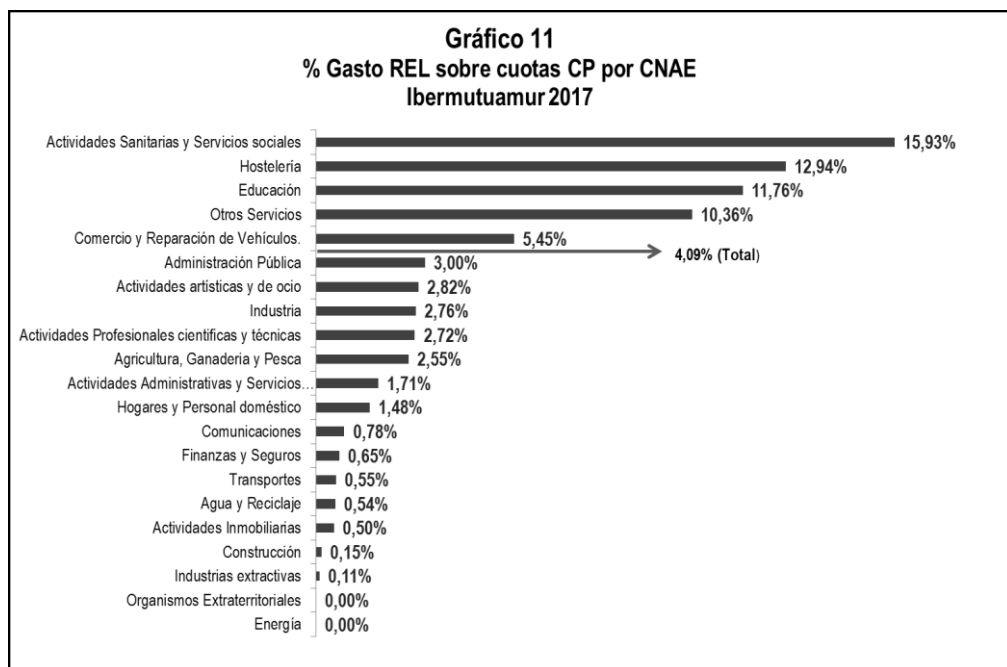


incidencia alta sino especialmente por la mayor duración de los procesos. Una cuestión sobre la que convendría reflexionar, puesto que a mi modo de ver es precisamente en las empresas de mayor tamaño en las que debería ser más asequible y fácil la adaptación del puesto o incluso el cambio por otro diferente, al contar estas empresas con mayores recursos materiales y preventivos, así como con un catálogo más amplio de puestos que las PYMES que permita recolocar a la trabajadora en un puesto sin exposición a riesgo.

Por otro lado, es igualmente cierto que el mayor consumo de prestaciones que se da en la gran empresa (también ocurre en la Incapacidad Temporal) puede ser un fenómeno relacionado con la mayor o menor presión que tiene el trabajador a la hora de ausentarse de su puesto. En el caso de las PYMES, es conocido que la presión es significativamente más alta y que la misma se origina tanto en el empresario como en los propios compañeros, que han de asumir el trabajo del ausente.

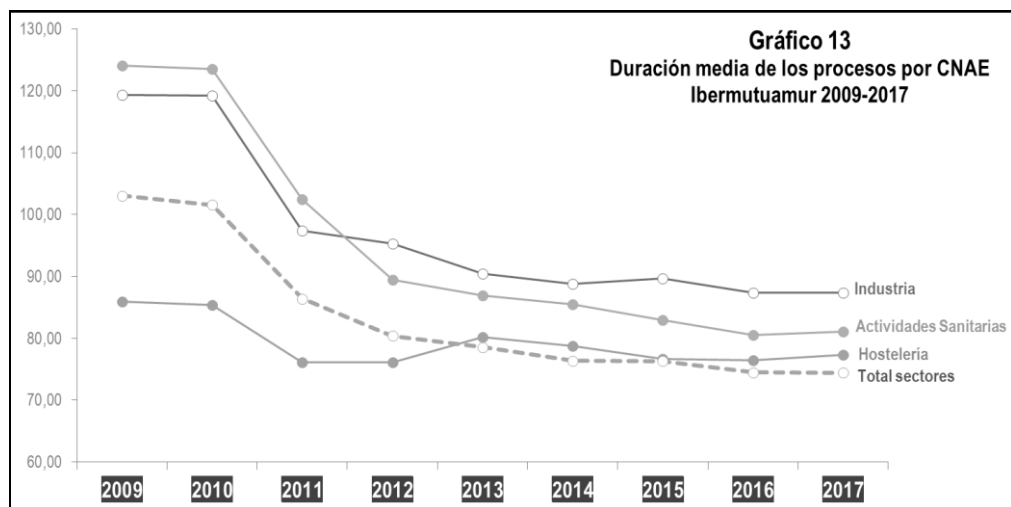
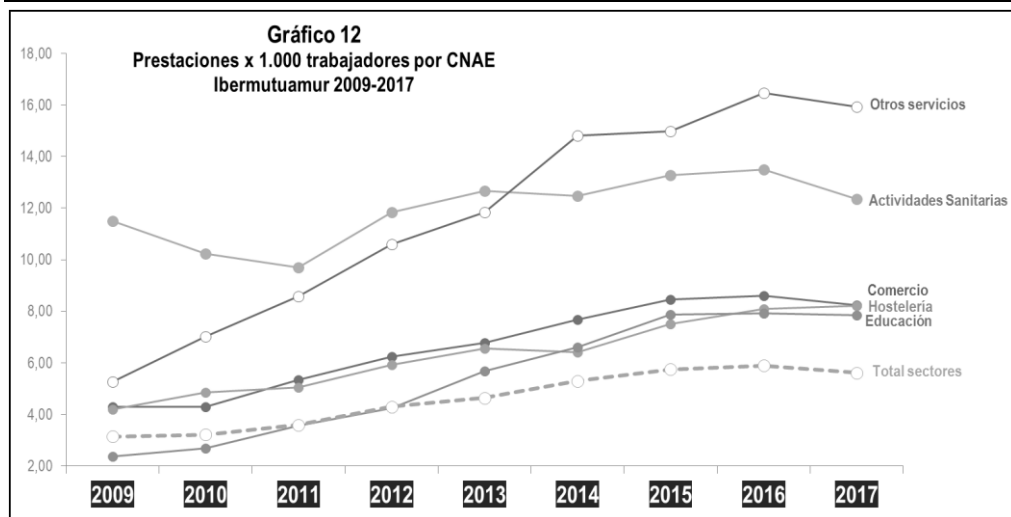
### 3. SECTOR DE ACTIVIDAD

Cuando el análisis llega a sectores de actividad concretos, observamos que en cinco de ellos el gasto es significativamente más alto, con un porcentaje superior al 10 % de las cuotas, lo que supone más que duplicar el dato global de 2017 en Ibermutuamur (4,09 %). Me refiero en concreto a las actividades sanitarias, la hostelería, la educación, los “otros servicios” y el Comercio, como muestra el gráfico adjunto. La relevancia en el gasto generado es tal que, mientras la suma de estos cinco sectores supone el 29 % de las cuotas de contingencia profesional, consumen el 70 % del gasto total de la prestación REL.



Este alto gasto tiene que ver no sólo con una incidencia más alta sino también con la mayor duración de los procesos, lo que equivale a decir que la prestación se adelanta varias semanas en relación a la media, como muestran los dos siguientes gráficos evolutivos. En el primero de ellos se recogen las prestaciones reconocidas por cada 1.000 trabajadores protegidos de aquellos sectores por encima de la media, destacando los “Otros Servicios” y las “Actividades Sanitarias”.

## II Congreso Internacional y XV Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social

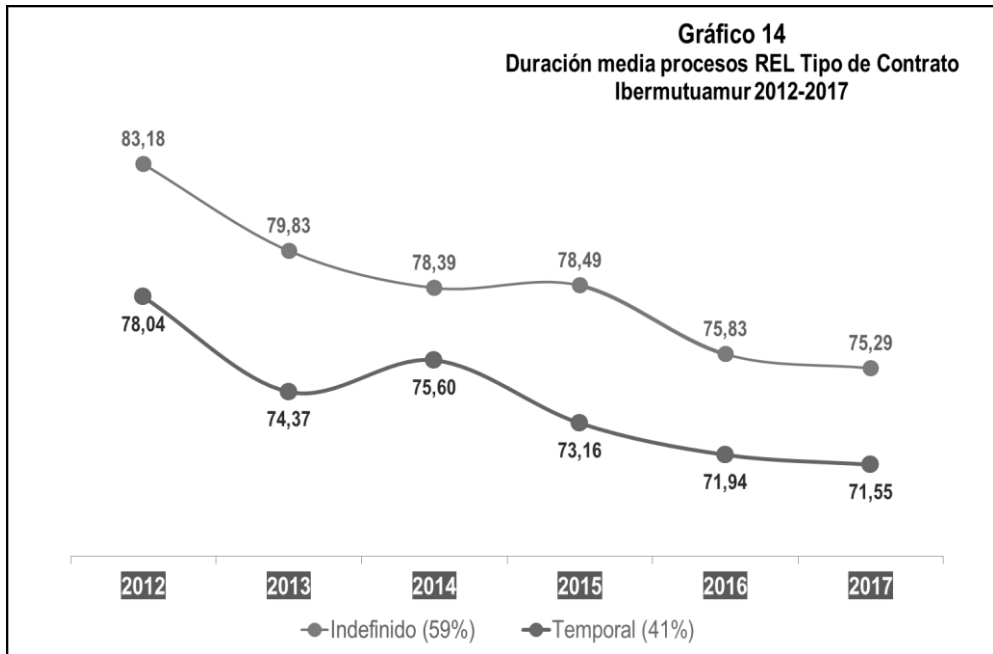


Por su parte, el segundo recoge las duraciones medias de esos procesos y, aunque se percibe la reducción que se viene produciendo, destacan por encima de la media la industria como parece razonable y nuevamente, las Actividades Sanitarias y la hostelería:

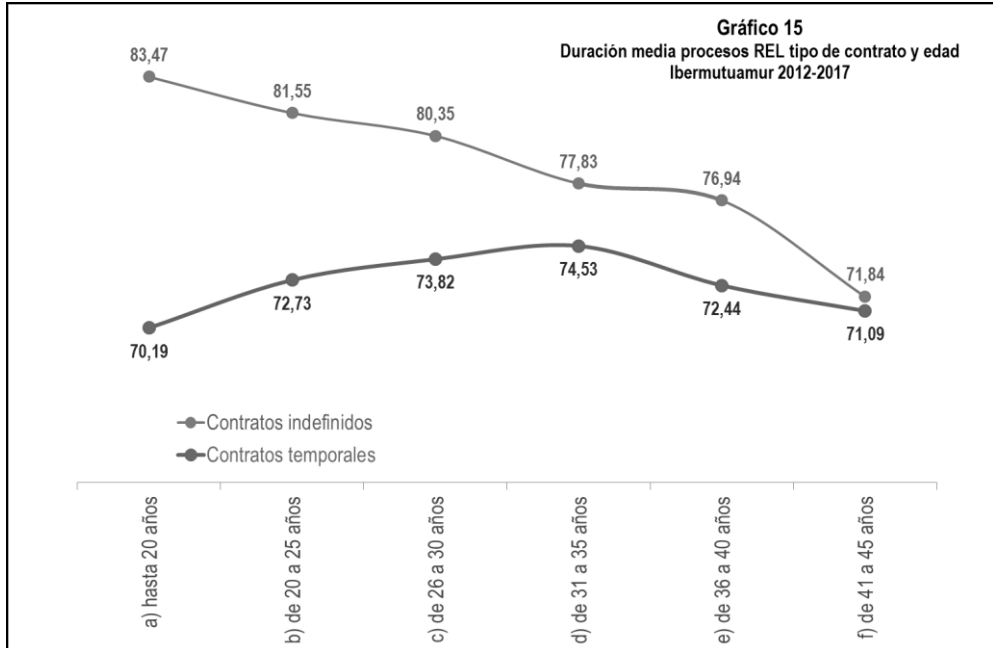
¿Qué razones pueden explicar estas diferencias? Pues, además de las ya mencionadas anteriormente, que sea en estos sectores en los que mayor fuerza y presencia tienen los riesgos que suelen dar origen a la prestación, que son especialmente los relacionados con la bipedestación prolongada de la mujer, el manejo de cargas o los movimientos repetitivos en el trabajo, como más tarde veremos.

#### 4. TIPO DE CONTRATO Y EDAD DE LA TRABAJADORA

Pasamos ahora a analizar la prestación en función del tipo de contrato: indefinido o temporal, para ver la duración que tienen estos procesos en uno u otro caso. El siguiente gráfico recoge las diferentes duraciones para la serie 2012-2017, siendo éstas claramente superiores en los contratos indefinidos:



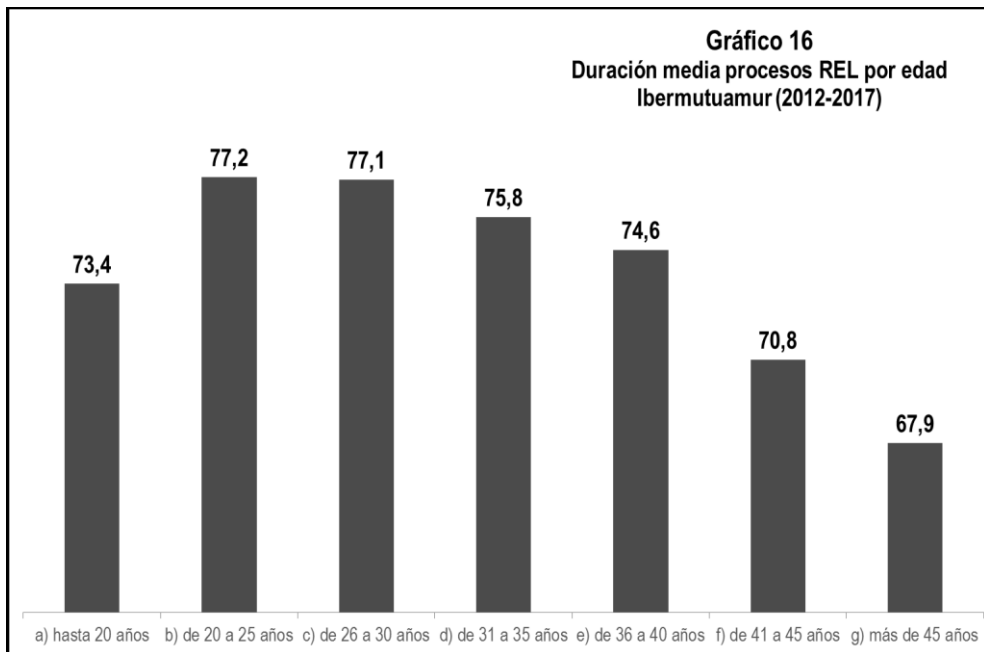
Para interpretar mejor el gráfico, debe ofrecerse el dato de la proporción de afiliadas con contrato indefinido y temporal en 2017 es de: 59 %-41 %. Un porcentaje que está tendiendo a igualarse, pues al principio de la serie (2012) los casos de las trabajadoras temporales eran el 34 %, apreciándose cómo la temporalidad va ganando peso en el mercado de trabajo.



Esta situación no es en absoluto sorprendente, pues temporalidad equivale en muchos casos a un mayor temor a la pérdida del puesto de trabajo. Y a ello tenemos que sumar también que esta prestación se extingue cuando se termina la relación laboral, al dejar de existir el riesgo para la trabajadora o el feto, lo cual es otro factor que afecta a las duraciones medias. No ocurre lo mismo

que en la incapacidad temporal, por ejemplo, donde la extinción de la relación laboral no extingue en absoluto la prestación económica derivada.

Mostramos también a continuación la comparación entre indefinidos y temporales en función del tramo de edad, destacando que las mayores diferencias están en los tramos de edad más bajos, tendiendo a igualarse entre los 30 y los 45 años. Una situación particular, ya que en principio debería ser precisamente al revés y ser más duraderas según va avanzando la edad de la gestante como ocurre en la incapacidad temporal. Nuevamente en este caso parece que pesa más la precariedad de las trabajadoras y especialmente las más jóvenes, pues la duración media se va incrementando según avanza la edad, a la inversa de lo que ocurre en las indefinidas.

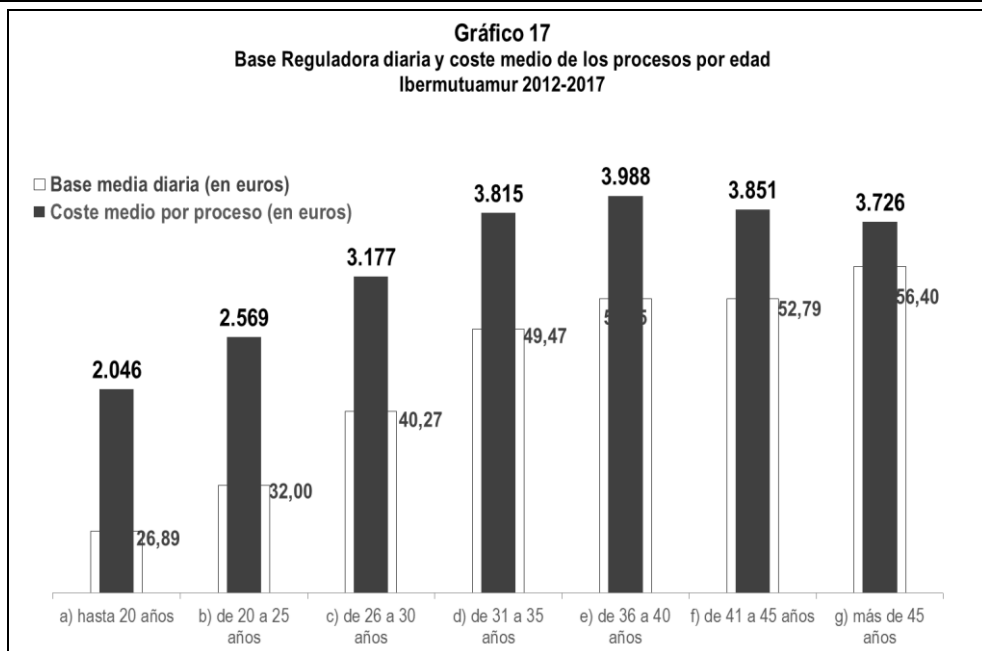


Teniendo en cuenta exclusivamente la variable edad, vemos como la curva que forman los diferentes tramos es similar a la indicada para los contratos indefinidos, dándose una duración media de unos diez días más en los dos tramos entre los 20 y los 30 años en relación con los casos de más de 45. Cuestión a destacar, como hemos indicado, si bien también hay que tener en cuenta que el grueso de los casos se concentra entre los 26 y los 35 años (aproximadamente el 70 % del total entre ambos) siendo estos, por tanto, los tramos más representativos de la muestra.

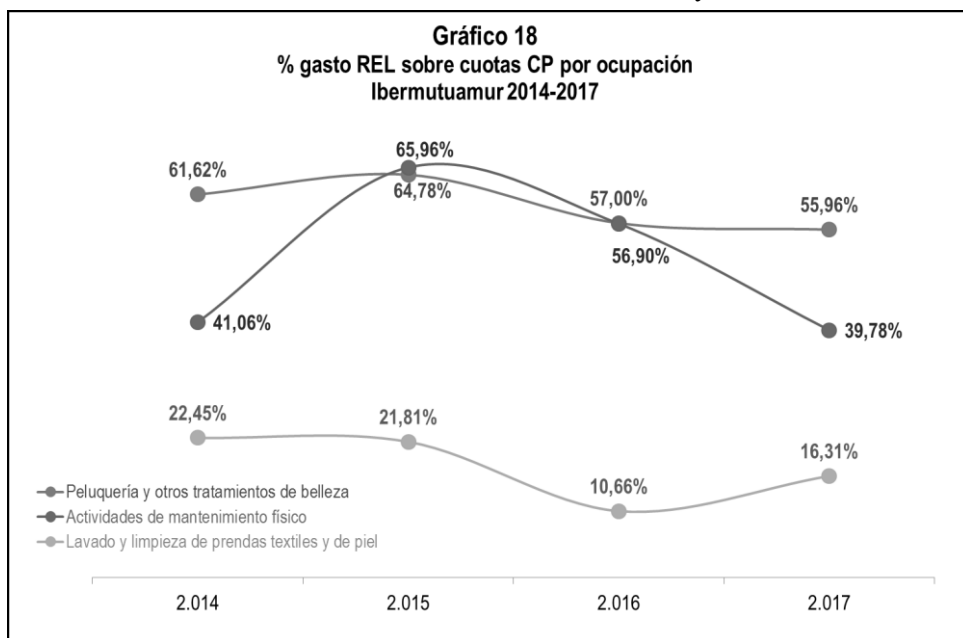
## 5. EDAD Y BASE REGULADORA DE LA TRABAJADORA

Para concluir este bloque ponemos en relación la edad de la trabajadora con los aspectos económicos de la prestación, tanto la base reguladora sobre la que se calcula el subsidio como el coste medio por proceso según los citados tramos.

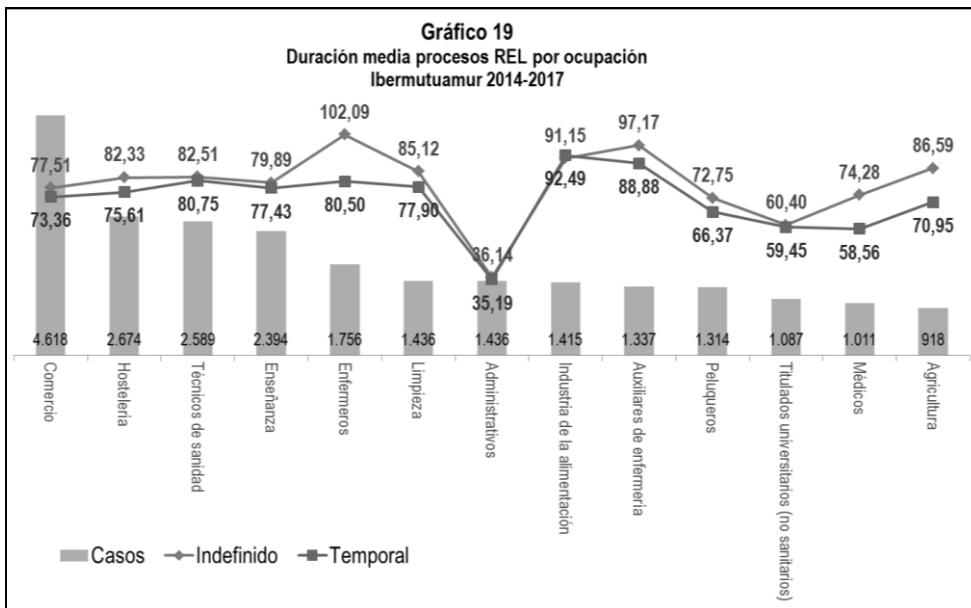
En este caso nos encontramos con que son las trabajadoras de mayor edad aquellas que tienen unas bases reguladoras más altas, si bien cuando atendemos a la variable del coste medio de los procesos vemos como éste no sólo se relaciona con la base sino también con la duración media de los procesos que veíamos en el apartado anterior, lo que hace que en los dos últimos tramos de mayor edad el citado coste baje ligeramente en relación con el tramo de 36 a 40 años, que es el tramo con un mayor coste medio por proceso (3.988 euros):



## 6. ANÁLISIS POR CÓDIGOS DE OCUPACIÓN DE LA TRABAJADORA



Analizando la ocupación de la trabajadora, el gráfico siguiente muestra la evolución 2014-2017 de tres ocupaciones con un gasto mucho más alto que la media (peluquería, actividades de mantenimiento físico y las de lavado o limpieza de prendas textiles y piel). En 2015 llegaron incluso a suponer el 65 % de sus propias cuotas, recordando una vez más que la media está en el 4 %:

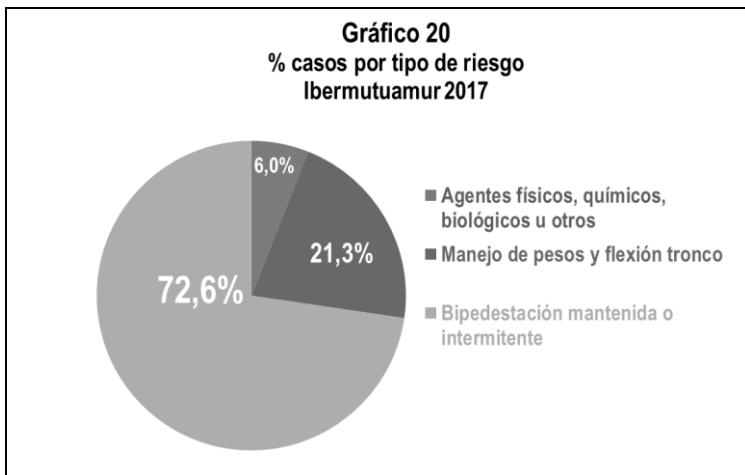


Si atendemos a los factores que condicionan el gasto, que son la incidencia y la duración, vemos como la clave en este caso está más en el número de casos puesto que las duraciones, existiendo ciertas diferencias, son más homogéneas entre las ocupaciones. En el gráfico siguiente se muestran aquellas ocupaciones con un número de casos suficientemente representativo y las duraciones de sus procesos en función del tipo de contrato. Como hemos indicado anteriormente en el apartado de los sectores, nuevamente en este caso se muestra el comercio, la hostelería, las actividades sanitarias o la educación entre los primeros:

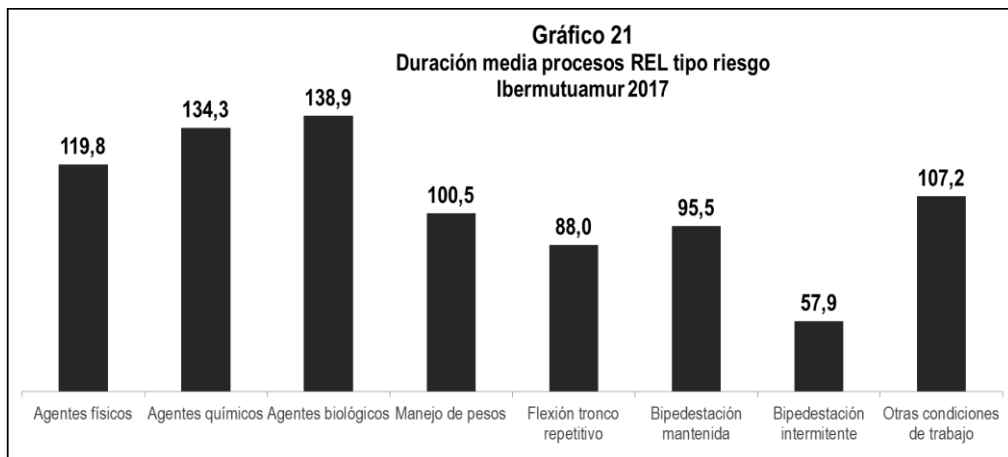
Parece por tanto que el factor diferencial es el número de casos, ya que las duraciones son algo más estables. Un volumen de casos que dependerá del número de personas que desempeñan cada una de estas ocupaciones pero también del riesgo que éstas conllevan.

## 7. DISTRIBUCIÓN POR TIPO DE RIESGO

Porque, como se muestra en el gráfico adjunto, la gran mayoría de los procesos se deben a riesgos asociados a la bipedestación mantenida o intermitente (72,6 %), seguidos del manejo de pesos y las flexiones de tronco. Unos riesgos que se producen básicamente en sectores como el comercio, la hostelería o la sanidad.

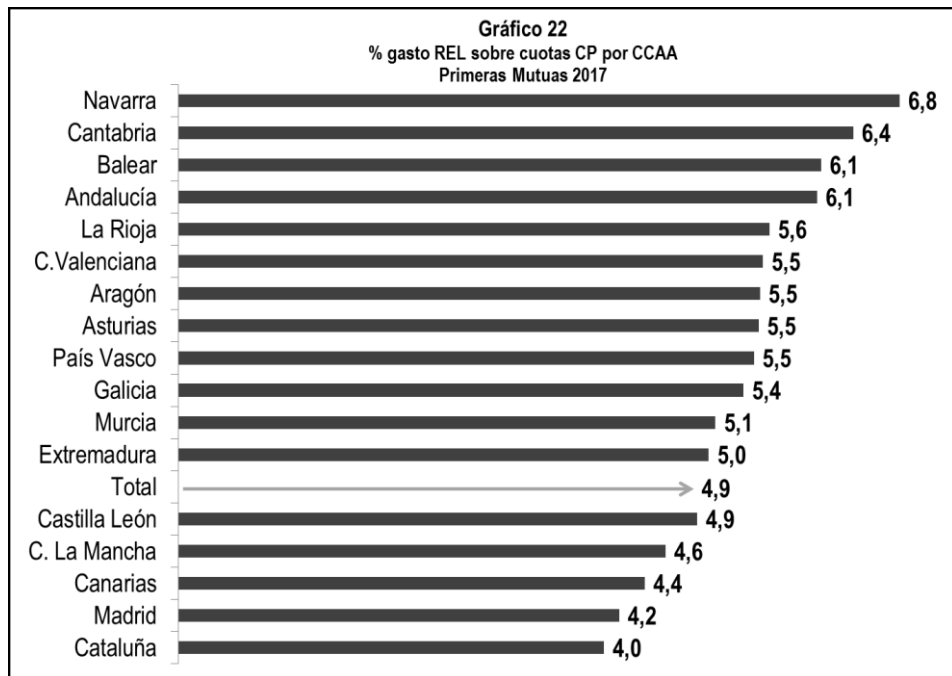


Entre estos dos grupos de riesgos se agrupan prácticamente el 95 % de los casos aunque, como se muestra en el gráfico siguiente, la duración en ellos es significativamente menor que en los relacionados con agentes biológicos o químicos. Y unos grupos de riesgos, además, en los que a mi juicio es más probable y factible la adopción de medidas preventivas u organizativas por parte de la empresa, por ejemplo en la bipedestación, que en muchos casos es un riesgo tan sencillo de minimizar ya que basta con garantizar que la trabajadora desarrolle su actividad sentada en una silla alta.

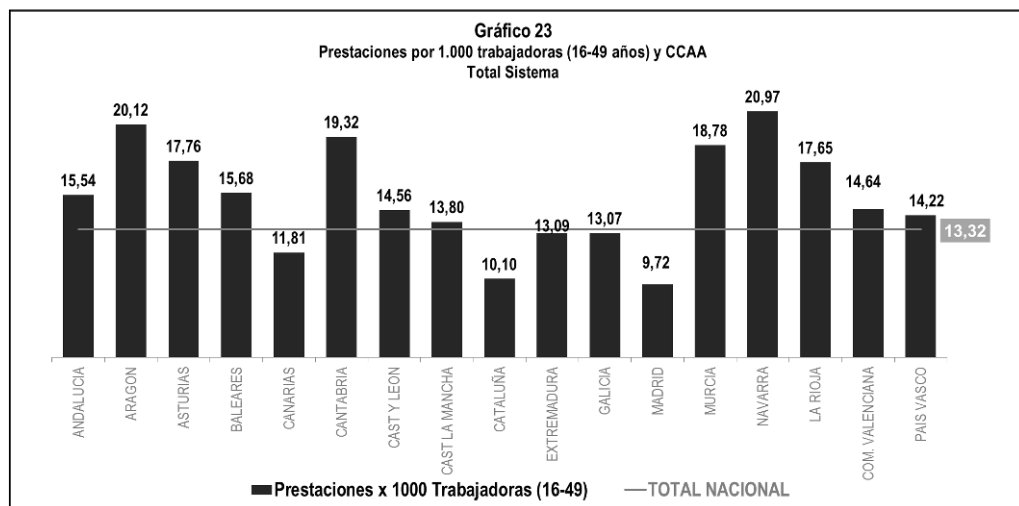


## 8. DISTRIBUCIÓN TERRITORIAL

El último factor al que quiero hacer referencia es el componente territorial de la prestación. El gráfico adjunto recoge datos agregados de las 6 primeras Mutuas del Sector que agregan casi el 80 % de los afiliados y muestra un amplio abanico en el consumo de la misma en función de la Comunidad Autónoma analizada, con una relación de casi el doble entre la que más gasto tiene (Navarra) y la que menos (Cataluña), siendo la media nacional del 4,9 %.



Si atendemos a la incidencia de los casos nos fijamos en el siguiente gráfico, que agrega datos sectoriales y establece las prestaciones reconocidas por cada mil trabajadoras en edad entre 16 a 49 años:

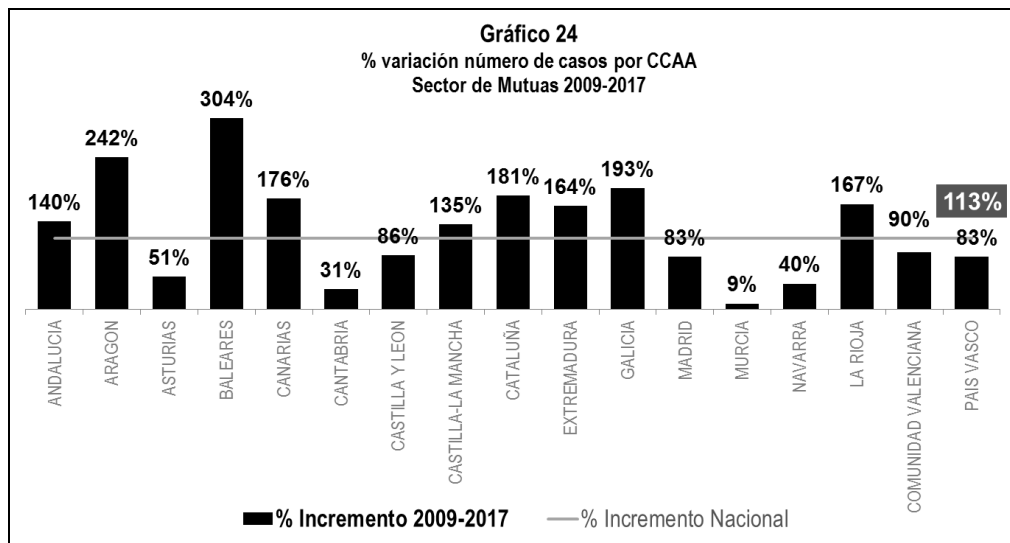


Como puede apreciarse, las Comunidades con mayor gasto, Navarra y Cantabria, se encuentran entre las que tienen una incidencia más elevada, casi 7 puntos superior a la media del país. Si lo comparamos con las dos Comunidades con menor gasto, Madrid y Cataluña, la incidencia es casi el triple en Navarra en relación a éstas.

Si hacemos este mismo análisis pero echando la vista atrás, la evolución del número de casos desde 2009 también tiene un comportamiento desigual, como muestra el siguiente gráfico, que

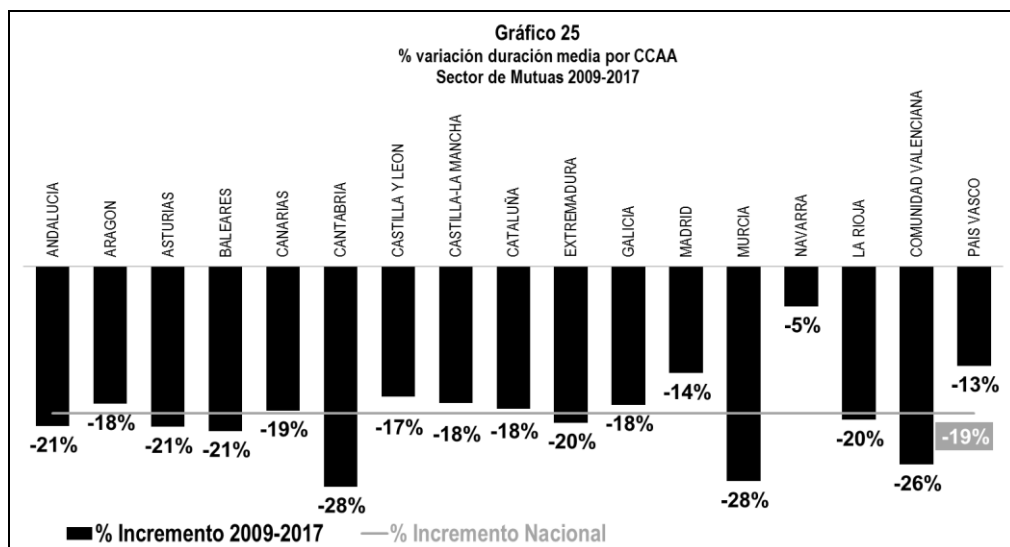


recoge el porcentaje de variación del número de procesos iniciados que se ha dado en cada Comunidad Autónoma en el periodo 2009-2017.



Como puede apreciarse, en la última década han crecido los casos de REL un 300 % en Baleares y sólo un 9 % en la Región de Murcia, siendo el total nacional del 113 %. El abanico en el comportamiento de unas y otras Comunidades Autónomas es, por tanto, amplísimo y posiblemente pueda explicarse basándonos en el resto de factores que hemos tratado en apartados anteriores, pues cada territorio tiene su composición por sectores, nivel económico, magnitudes demográficas, etc...

Y si atendemos a la evolución de la duración media de los procesos, igualmente se perciben importantes cambios aunque se haya reducido en todos los casos. Así, mientras que Cantabria, Comunidad Valenciana o Murcia han reducido la duración de sus procesos en torno a un 28 %, otras Comunidades lo han hecho la mitad, en torno sólo a un 13-14 %:



## V. CONCLUSIONES

Para concluir, vamos a destacar las ideas principales expuestas a lo largo del artículo, recordando nuevamente que nos encontramos con una **cobertura considerada desde 2007 como contingencia profesional, lo que conlleva una cualificación de la protección por cuanto no requiere de cotización previa y el subsidio alcanza el 100 % de su base reguladora, es decir no produce merma alguna sobre los ingresos**. Ello determina también la entidad pagadora y su financiación con cargo a cuotas de contingencia profesional. Como cuestión atípica a este perfil, las trabajadoras por cuenta propia, también entran en la cobertura de su mutua de pertenencia, aun cuando no tengan cubierta la contingencia profesional que, para los autónomos, es una cobertura voluntaria.

Ha de recordarse también que el objetivo principal de su regulación es la protección de la mujer trabajadora gestante o en lactancia natural y que, por tanto, el primer y prioritario objetivo de la norma es la **obligación del empresario de agotar las posibilidades de exposición al riesgo con las medidas organizativas a su alcance**. Solo cuando estas no son viables, procede la suspensión del contrato y el otorgamiento de la prestación económica.

Pues bien, a tenor del escasísimo número de casos (5,7 % del total) en los que estas medidas se adoptan, **hemos de concluir en calificar este apartado de la protección como un fracaso sin paliativos** que responde tanto a la escasa mentalización y voluntad del empresariado, como a la inexistente presión de las gestoras para que tales medidas se implanten cuando sea posible previéndose, incluso, que ante la discrepancia de criterio entre el empresario y la entidad de cobertura, se dé traslado a la inspección de trabajo para que emita pronunciamiento al respecto, tramite realmente inédito hasta el día de hoy.

Por lo que se refiere al comportamiento de la prestación económica, es destacable:

1. Que este ámbito de protección social aún no está maduro **y puede pronosticarse una evolución creciente del gasto en los próximos años** por cuanto se aprecia, como luego comentaremos, que aún hay importantes condicionantes de acceso a la misma. En 2017 casi se triplica el número de solicitudes sobre 2008 (13.3 por cada mil trabajadores en 2017 frente a 4.5 en 2008).  
El crecimiento lo será más por el aumento en el número de solicitudes que por variaciones en la duración de las prestaciones que, en los últimos años, se mantiene muy estable en torno a 90 días como media sectorial.
2. La estabilidad en el empleo es determinante del uso de la prestación, tanto del número de solicitudes como de la duración de la prestación, de manera que se constata que:
  - a. **El gasto del sector público prácticamente duplica al del sector privado** (6.6 % de sus cuotas frente al 3.6 % del sector privado).
  - b. **La duración media de la prestación es sensiblemente inferior en la empresa de menor tamaño**: 61 días para las de menos de 5 trabajadores frente a 88 de las de más de 250 trabajadores.
  - c. **Cuando es contrato es de carácter temporal, la prestación dura cuatro días menos** que en los casos de relaciones laborales fijas (71 frente a 75 días).
  - d. El porcentaje de gasto sobre cuotas en **las empresas de menos de 50 trabajadores no alcanza el 3 % frente al 4,1 % de la media o el 8 % de las de más de 500 trabajadores**.

Lo que sin duda está relacionado con la mayor presión que comporta el temor a la pérdida del empleo.

3. Las actividades con mayor incidencia (número de solicitudes por cada 1000 trabajadores) son, por este orden, **actividades sanitarias, comercio, hostelería y**

**educación** y, la mayor duración de la prestación la acreditan los CNAE de industria, actividades sanitarias y hostelería.

4. La edad de la gestante influye de manera inversa a como lo hace en los procesos de incapacidad temporal, de manera que **cuanto mayor es la edad, menor es la duración** (68 días las de más de 45 años, frente a 77 de las de menos de 25).
5. En lo que se refiere al hecho o **agente causante del riesgo, destaca significativamente (72.6 % de los casos totales) la bipedestación mantenida o intermitente**. Dato que choca frontalmente con la escasez de medidas organizativas acreditadas para evitar la suspensión del contrato, por cuanto la mayoría de las situaciones de bipedestación, cuando no van asociadas a deambulación constante, podrían eliminarse o minimizarse, ofreciendo simplemente una silla de mayor altura a la de una convencional.
6. El análisis territorial del gasto también ofrece datos llamativos de manera que, **Navarra, Cantabria, Baleares o Andalucía superan el 6 % de las cotizaciones totales por contingencias profesionales, un 50 % más** que Cataluña, Madrid o Canarias, próximos los tres al 4 %.



# CAPÍTULO V. EL MODELO ESPAÑOL DE (DES) PROTECCION FAMILIAR DESDE LA ATALAYA DE EUROPA<sup>1</sup>

CARLOS GARCÍA DE CORTÁZAR Y NEBREDA  
*Vicepresidente de la AESSS*

*Oh, benvinguts, passeu passeu, ara ja no falta ningú,  
o potser sí, ja me n'adono que tan sols hi faltes tu,  
també pots venir si vols, t'esperem, hi ha lloc per tots  
el temps no compta, ni l'espai, qualsevol nit pot sortir el sol.<sup>2</sup>*

Jaume Sisa (Sisa)

## I. INTRODUCCION

Como buen hijo del Mayo del 68, nunca he sido adepto incondicional de la familia, y menos todavía de la considerada ejemplar y tradicional. Al contrario, me he sentido más identificado con Simone de Beauvoir cuando señalaba “*La familia es un nido de perversiones*”. Bien es verdad que me he reconciliado un poco con esta Institución cuando han surgido otro tipo de familias atípicas (monoparental, patchwork, homoparental) que han venido a dar un nuevo impulso a un modelo que estaba mostrando claros signos de decadencia.

De todos modos mi “*espíritu ilustrado*”<sup>3</sup> no me impide aceptar y hasta respaldar las libres decisiones de mis congéneres cuando deciden, con o sin conocimiento de causa, fundar una familia y traer hijos al mundo para incrementar la crisis demográfica de nuestro planeta.

A este respecto, mi planteamiento general es que, con ánimo solidario, debe de instaurarse en España, una vez por todas, una política familiar, que no natalista, similar a la que existe ya en otros Estados de la Unión Europea, protegiéndose a los niños y a sus padres en todos los ámbitos de la vida. Con ello, conseguiremos una sociedad más inclusiva, más justa, más evolucionada y sobre todo, más equilibrada y grata para todos.

Para conseguir este objetivo, nada mejor que realizar una radiografía del modelo español de protección familiar y, sin que sea necesario una aproximación mimética a prácticas de otros países de la Unión, buscar allende de nuestras fronteras ejemplos que nos puedan servir en un futuro para que nuestras familias no se encuentren dejadas, por parte del Estado, al albur únicamente del entorno de unos progenitores que pueden tener la suerte o la desgracia de encontrarse en una situación económica, laboral y social buena, mala o regular. Y basta como botón de muestra el hecho de que España tiene una de las tasas de pobreza infantil más altas en la zona euro.(32,9 %)⁴, solamente superada por Bulgaria, Rumanía, Grecia y Hungría. Ahora bien, este dato por sí solo no nos ofrece información suficiente sobre la política familiar que desarrolla un país concreto. Para eso, nada mejor que cruzar estos datos con los correspondientes al riesgo de pobreza de la población en general de dicho país. Y es aquí donde nos encontramos con que la pobreza infantil

<sup>1</sup> In memoriam de Christoph Schumacher

<sup>2</sup> Oh, bienvenidos, pasad, pasad, ahora ya no falta nadie, o puede que sí, ya me doy cuenta que solo faltas tú, también puedes venir si quieres, te esperamos, hay sitio para todos, el tiempo no cuenta, ni el espacio, cualquier noche puede salir el sol.

<sup>3</sup> Ver Steven Pinker “*En defensa de la Ilustración*”

<sup>4</sup> Fuente EUROSTAT. Datos 2016

en España es 5 puntos superior a nuestra tasa general de pobreza (27,9)<sup>5</sup> lo que implica que la infancia es un colectivo especialmente desfavorecido. Sin embargo tampoco ese dato sería suficiente para sacar conclusiones comparativas en relación con otros países de nuestro entorno. Para ello debemos examinar si esa diferencia de 5 puntos entre tasa general y tasa infantil de pobreza se repite en el conjunto de la zona euro. Pues bien, la diferencia en este caso es de 2,2 puntos <sup>6</sup>, lo que ya indica que la situación en nuestro país es cuantitativamente y cualitativamente mucho peor que en resto de la eurozona.

Por otra parte, que la tasa de pobreza infantil sea siempre más alta que la de la población en general no es un axioma ni un dogma universal. En efecto, cuando analizamos la realidad de algunos países que cuentan con una robusta política familiar, podemos comprobar que las transferencias económicas pueden actuar como un elemento correctivo de primer orden y revertir una situación que, poniendo los medios necesarios, tiene solución. Así, países como Finlandia, Dinamarca o Alemania han conseguido que la población infantil tenga una tasa de pobreza menor que la tasa de pobreza de la población general.

Para terminar este punto, resulta necesario explicar el contenido de los siguientes apartados. Se va a proceder a explorar algunos elementos que pueden ser considerados como causas o efectos (dejo al lector que decida por su cuenta donde clasificar cada uno de ellos) de la actual política familiar en España, sin pretender en ningún caso aportar soluciones mágicas e inmediatas. En este sentido, el propósito de este trabajo es mostrar, me temo que con ánimo crítico, el contexto español dentro de los países de la Unión Europea por sí, el derecho comparado y las buenas y malas prácticas de otros países nos pueden servir para mejorar nuestra situación o para evitar que empeoremos.

## II. TASA DE NATALIDAD

No soy de los que están preocupados por el futuro demográfico de nuestro país ni de los que piensan que la sostenibilidad de nuestro sistema de pensiones se podría solucionar con un incremento notable de la natalidad. De hecho, milito, con reservas, en las filas del maltusianismo y considero mucho más grave y peligroso el crecimiento incontrolado de la población mundial que el envejecimiento de la misma. A este respecto cuando leo que en 2050 la población africana se doblará, pasando de los actuales 1200 millones a 2500 millones, me asalta la duda si Europa debería estar únicamente intranquila por el futuro de sus mercados de trabajo o más bien dispuesta y decidida a conseguir que la nueva población migrante proveniente del sur, comulgue y comparta los valores europeos que nos son más propios.

De todos modos, a veces me pregunto, antes las tasas de desempleo juvenil y de pobreza infantil que asola nuestra sociedad, qué sería de nosotros y sobre todo de los jóvenes y de los niños si no se hubiera reducido drásticamente la tasa de natalidad en España y mantuviéramos, simplemente una tasa equivalente al conjunto de los Estados Miembros de la Unión Europea.

Me consta que muchas personas desearían tener niños o más niños y no pueden o no quieren si no se dan ciertas condiciones mínimas. Defiendo, por tanto, que si la disminución de la tasa de fertilidad es el resultado de una decisión libremente adoptada por los interesados y sobre todo por las interesadas siempre será correcta. No obstante, me temo que ese planteamiento se encuentra, hoy en día, alejado, de nuestra realidad cotidiana.

Cuando examinamos las estadísticas y cuadros de Eurostat en este ámbito, lo primero que llama la atención es que sean España, Italia, Portugal, Grecia, Polonia, Croacia, Hungría y Austria, por este orden, los Estados de la Unión Europea con menor tasa de nacimientos por mujer. De hecho resulta sorprendente que todos ellos sean Estados de raigambre católico/romana o

<sup>5</sup> Fuente EUROSTAT. Datos 2016

<sup>6</sup> Tasa de pobreza general 23,1 %, tasa de pobreza infantil 25,3 %. Fuente EUROSTAT. Datos 2016

católico/ortodoxa en donde la planificación familiar y los métodos anticonceptivos todavía no son aceptados plenamente por sus respectivos poderes eclesiásticos.

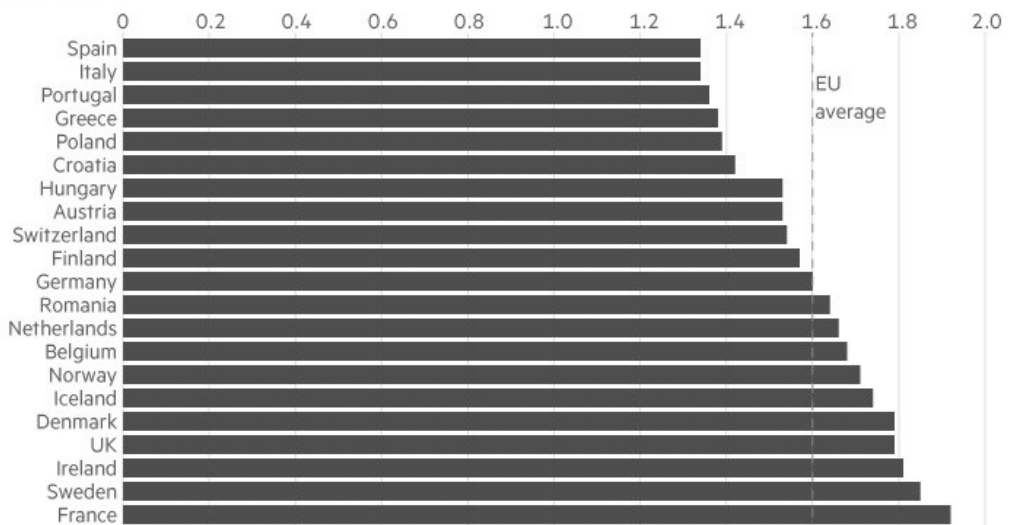
Es posible que en la mayor parte de estos Estados la única política familiar que se ha desarrollado a lo largo de los tiempos ha sido la natalista que solo necesitaba de altavoces para reproducir y amplificar las palabras y argumentos emanados, especialmente, de la jerarquía romana. Sin embargo, cuando la sociedad se convence que la natalidad y la familia entran en el ámbito de decisión individual y se aleja de los predicamentos dogmáticos de terceros, se enfrenta a la realidad incuestionable de que el Estado, su Estado no ha desarrollado políticas “*family friendly*” por lo que no pueden contar con apoyos externos que les ayuden en sus proyectos familiares. Si a esto unimos que el entorno laboral y social no es incentivador de la familia, podremos explicarnos, aunque solo sea parcialmente, el porqué de la disminución drástica de la natalidad precisamente en aquellos países que se caracterizaban y alardeaban de sus familias numerosas.

En cambio, aquellos países europeos luteranos, anglicanos, calvinistas o evangelistas en los que el papel del Estado ha jugado un papel importante y que ha considerado a la familia como una cuestión de Estado, competencia y responsabilidad de todos, y no meramente de los progenitores y allegados, se puede constatar que la tasa de natalidad se ha mantenido con una cierta estabilidad, fruto de una política familiar activa. En este sentido destacan las tasas de natalidad (todas ellas por supuesto por debajo de lo que denominaríamos tasa de remplazo)<sup>7</sup>, de países como Suecia, Finlandia, Dinamarca, Noruega o Reino Unido. De todos modos, el país con mayor tasa de fertilidad es Francia, de mayoría católica, que cuenta con una política familiar envidiable.

Como las palabras son mucho más manipulables que los números, a continuación presento un cuadro que considero que resume por sí solo, parte de lo escrito en párrafos precedentes.

## France and Sweden have the highest fertility rates in Europe

Fertility rate\*



\*Number of children a woman is expected to have over a lifetime

Source: Eurostat

© FT

<sup>7</sup> Es la medida que indica si una población está reemplazándose a sí misma de forma efectiva o no. Este fenómeno se produce cuando un contingente demográfico es capaz de reemplazar a todos sus miembros mediante su crecimiento vegetativo, es decir, mediante el balance de nacimientos-fallecimientos. Por lo general hace falta que cada mujer en edad fértil tenga entre 2,1 y 2,2 hijos para que dicho reemplazo generacional se produzca

### III. PRESTACIONES FAMILIARES

Entramos en el campo concreto de la Seguridad Social y analizamos, comparativamente, las prestaciones familiares que pueden ser definidas como *“todas las prestaciones en especie o en metálico destinadas a hacer frente a los gastos familiares”*<sup>8</sup>.

Por supuesto, no debe, en un ejercicio de reduccionismo, identificarse prestaciones familiares con política familiar. De hecho ésta es más compleja y comprende muchos elementos interconectados. No obstante, las prestaciones familiares son un componente importante de la política familiar por lo que deben ser destacadas.

Nuevamente, los fríos números nos ofrecen una primera visión, presumiblemente desapasionada, que nos va a servir para formar una opinión que seguramente será parcial y partidista. Por ello, aunque el autor de cualquier trabajo desee, consciente o inconscientemente, influir en sus lectores, las vías para alcanzar este objetivo pueden ser de lo más variado, siendo las tablas estadísticas una fórmula idónea para dar más margen de maniobra a los librepensadores.

#### PRESTACIONES FAMILIARES GASTO PORCENTAJE SOBRE PIB <sup>9</sup>

UNION EUROPEA 28	1,7 %
EUROZONA	1,7 %
ALEMANIA	1,7 %
BELGICA	2,2 %
BULGARIA	2,4 %
DINAMARCA	4,5 %
ESPAÑA	0,7 %
FRANCIA	2,4 %
GRECIA	0,6 %
ITALIA	1,5 %
POLONIA	2,5 %
PORTUGAL	1,1 %
REINO UNIDO	1,4 %
RUMANIA	1,4 %
SUECIA	2,4 %
NORUEGA	3,6 %
ISLANDIA	2,0 %

Debe reconocerse que nuestro país no sale muy bien parado en esta tabla. De hecho, y aunque no figuren todos los Estados Miembros, el porcentaje de gasto español en prestaciones familiares sobre el PIB es en segundo menor, después de Grecia, de la Eurozona y de la Unión Europea a 28. De hecho, y desde otra perspectiva, y si tenemos en cuenta el gasto total en materia de prestación social y lo comparamos con el gasto en materia de prestaciones familiares, tampoco mejoramos nuestra posición y, de nuevo solamente Grecia ofrece una panorámica menos halagüeña que España, lo que implica que a la hora de repartir el presupuesto español de la Seguridad, las prestaciones familiares han recibido la peor parte.

No obstante,, quizás sea más fácil al lector en vez de comparar porcentajes sobre el PIB, examinar esta tabla<sup>10</sup> que indica las cuantías de las prestaciones por hijos en los distintos Estados Miembros y que viene a confirmar lo que ya hacía presumir la tabla precedente.

<sup>8</sup> Definición adaptada de la letra z del artículo 1 del Reglamento (CE) No 883/2004 del Parlamento europeo y del Consejo de 29 de abril de 2004 sobre la coordinación de los sistemas de seguridad social (DO L 166, 30.4.2004, p.1)

<sup>9</sup> Tabla confeccionada por el autor en base a datos de EUROSTAT. Total general government expenditure on social protection, 2016 (% of GDP % of total expenditure)

<sup>10</sup> Confeccionada por el autor en base a las tablas comparativas del Missoc, actualizadas a 1 de Enero del 2018.



**CUANTIA PRESTACIONES FAMILIARES  
EUROS**

AUSTRIA	114
ALEMANIA	194
BELGICA	93
BULGARIA	20
DINAMARCA <sup>11</sup>	150
ESPAÑA <sup>12</sup>	24
FINLANDIA	95
FRANCIA <sup>13</sup>	130
LUXEMBURGO	265
PAISES BAJOS	201
POLONIA <sup>14</sup>	22
REINO UNIDO	101
SUECIA	108
NORUEGA	100

Por supuesto, el importe de las prestaciones familiares no nos permite sacar conclusiones definitivas sobre la política familiar de los distintos Estados Miembros. Sin embargo puede admitirse que la cuantía de las prestaciones influye en la tasa de fertilidad nacional y que aquellos Estados con unas prestaciones familiares menos generosas tienen asimismo la tasa de fertilidad más baja.

Aunque entremos en el proceloso mundo de la política natalista que no es siempre política familiar, vamos a hacer una pequeña referencia al cheque bebé introducido por el Presidente Zapatero en julio del 2007 y que concedía una prestación de pago único de 2500 euros por cada niño nacido en España desde 1 de Julio de 2007 y 31 de Diciembre del 2010. A este respecto, de un estudio<sup>15</sup> realizado por la profesora Libertad González, del Departamento de Economía de la Universidad Pompeu Fabra se constataba que durante ese período se elevaron el número de concepciones en aproximadamente un 5 % mensual.

Asimismo Polonia ha introducido en el año 2016 una serie de programas de ayuda familiar que, según la Oficina Central de Estadística de Polonia, ha coadyuvado a que en el periodo de 1 de Enero a 31 de Agosto de 2017 se hayan incrementado los nacimientos en un 7 % con respecto al mismo período del 2016 y en un 10 % con respecto a 2015.

#### **IV. PRECARIEDAD LABORAL**

La constitución de una familia y sobre todo la atención y el cuidado de la misma requiere una serie de condiciones y circunstancias sobre las que, en muchos casos, no pueden influir directamente sus miembros. Así, elementos como vivienda, créditos, educación y transporte, por ejemplo, pueden condicionar tanto la toma de decisiones en este ámbito como el funcionamiento del hogar familiar. Baste un dato significativo: Hace 40 años el 66 % de las mujeres entre 20 y 34 estaban casadas, mientras actualmente apenas llegan al 20 %. Por supuesto, puedo dar la razón al lector inquieto que me argumente que el matrimonio es, a día de hoy, una institución en decadencia que está siendo sustituida por otras alternativas. Sin embargo, el porcentaje 66 %

<sup>11</sup> Dinamarca reduce las cuantías de las prestaciones familiares en caso de familias con grandes ingresos

<sup>12</sup> España reconoce estas prestaciones a hogares familiares con ingresos por debajo de 11.600 euros

<sup>13</sup> Francia reduce las cuantías de las prestaciones familiares en caso de familias con grandes ingresos. El pago de las prestaciones se inicia con el nacimiento del segundo hijo

<sup>14</sup> Polonia condiciona el otorgamiento de prestaciones familiares a un límite de ingresos.

<sup>15</sup> "The Effects of a Universal Child Benefit on Conceptions, Abortions, and Early Maternal Labor Supply" American Economic Journal: Economic Policy.(3)(2013)

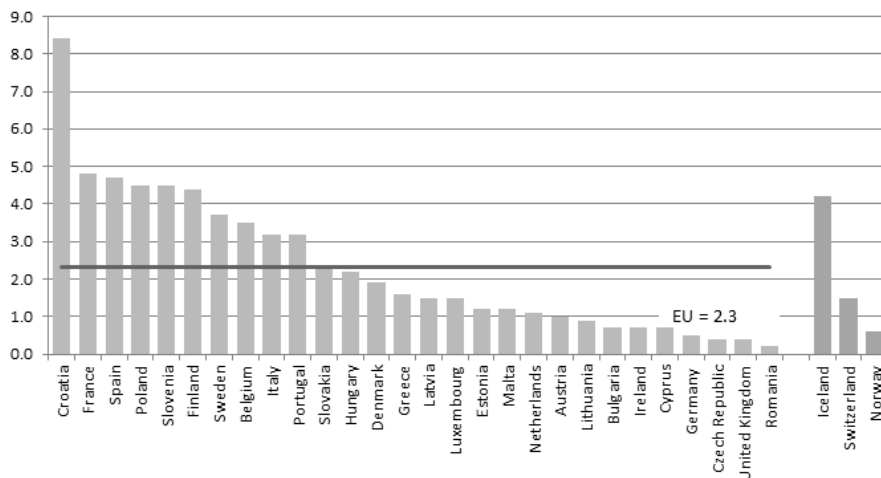
versus 20 % no puede ser explicado solamente con los cambios sociológicos que se han producido en España.

A este respecto, reproduzco aquí frases recogidas de una emisión radiofónica <sup>16</sup>: “No te puedes plantear tener un hijo con un empleo precario en una ETT” “Si un mes gano 300 euros y otro 1200 o si me despiden en junio para contratarme en Septiembre, no tengo estabilidad económica. Mi trabajo me impide tener aspiraciones de futuro” “Ninguna Entidad bancaria nos da una hipoteca porque mi pareja no trabaja y yo estoy trabajando para un ETT y, en estos casos, los Bancos te cierran la puerta”.

La precariedad laboral es el nexo común de las tres extractos de historias que se han recogido en el párrafo precedente. Ahora bien, ¿ es España un país con más precariedad laboral que otros del entorno europeo?

Debe reconocerse que el concepto de precariedad es variable y que por tanto difícilmente podemos llegar a una definición uniforme válida para todas las legislaciones. No obstante, y simplemente como botón de muestra, podemos tomar una estadística de EUROSTAT que recoge datos de lo que la Comisión europea entiende como trabajo precario, es decir aquel que tiene una duración prevista de menos de tres meses. En este sentido, este concepto puede ser aceptado por todos los Estados Miembros. No obstante el término trabajador precario en España es más amplio y sería equiparable a lo que las Instituciones Europeas denominan trabajadores atípicos que podrían ser definidos como aquellos que tienen un empleo temporal por haber acordado el empresario y el trabajador que el final de la relación laboral está determinado por condiciones objetivas, como una fecha concreta, la realización de una tarea o el regreso de un trabajador sustituido temporalmente. Ejemplos de trabajadores atípicos son las personas con empleos estacionales; las personas contratadas por agencias de empleo u oficinas de colocación y cedidas a un tercero para realizar tareas concretas (a menos que exista un contrato de trabajo escrito de duración indefinida); o las personas con contratos de formación específicos. En este sentido, un segundo cuadro, también basado en datos de EUROSTAT sobre trabajadores atípicos, puede ofrecer una radiografía de la situación laboral de cada Estado.

**Precarious employment, 2016 (% of employees)**



ec.europa.eu/eurostat

Como podrá verse, la situación española, al menos en base a este cuadro, resulta claramente mejorable. De todos modos el siguiente cuadro puede ofrecer un complemento más amplio que permita un diagnóstico más completo y certero.

<sup>16</sup> Cadena SER. 9 DE ENERO 2017

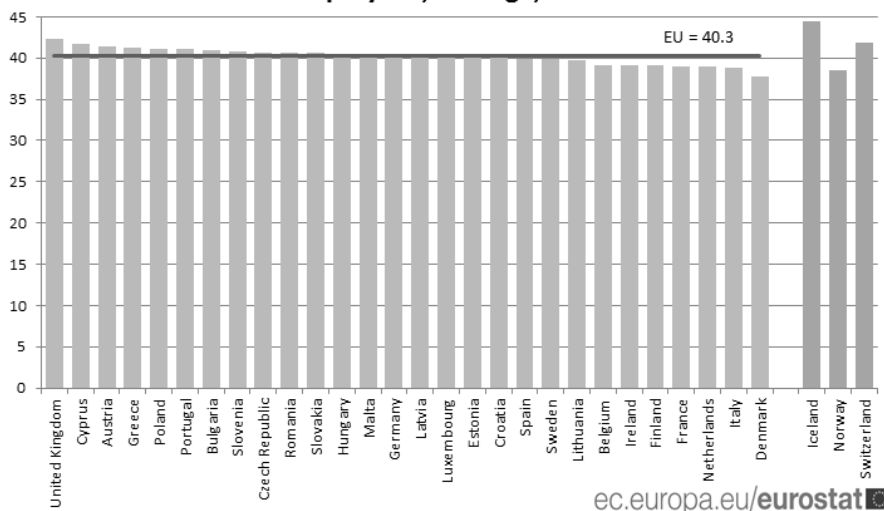
<b>PORCENTAJE DE TRABAJADORES CON CONTRATOS DE DURACIÓN LIMITADA<sup>17</sup></b>	<b>2017</b>
UNION EUROPEA 28	41,3 %
EUROZONA	51,1 %
ALEMANIA	51,3 %
AUSTRIA	33,7 %
BELGICA	44,4 %
CROACIA	58,3 %
DINAMARCA	37 %
GRECIA	23 %
ESPAÑA	69 %
FRANCIA	56,6 %
ITALIA	54,6 %
LUXEMBURGO	36,3 %
PAISES BAJOS	52,1 %
POLONIA	60,9 %
PORTUGAL	63,2 %
SUECIA	52,3 %

¿Se acuerdan Ustedes de la tasa de natalidad a la que me he referido en párrafos precedentes? Solamente les pido que comparen cuatro de los países con menor tasa de natalidad, España, Portugal, Polonia y Croacia, con el grado de precariedad mostrado en el cuadro precedente

## V. JORNADAS DE TRABAJO

Cuando se afirma que la jornada de trabajo en España es una de las más largas de Europa y que, como consecuencia esto influye en la conciliación familiar, se está apuntando a una diana equivocada. De hecho en nuestro país, se trabajan de media 39,8 horas a la semana, menos que por ejemplo en Alemania, Luxemburgo, Suecia, Reino Unido, Noruega e Islandia. En este sentido el siguiente cuadro muestra, desapasionadamente, la realidad estadística

**Usual weekly hours in the main job for full time employees, average, 2016**



<sup>17</sup> Cuadro confeccionado por el autor según datos de Eurostat.

No obstante, no podemos abandonar de manera inmediata esta línea de pensamiento. Por ello, me permito reproducir el comentario de una ciudadana anglosajona al respecto “*Hay gente con trabajos inhumanos y que gana muy poco dinero. ¿Y quién puede salir del trabajo a las 20.00 y tener tiempo con sus niños? Es un círculo vicioso, porque entonces uno se va a la cama más tarde y duerme menos*”.<sup>18</sup>

Volvamos a nuestra amiga /enemiga la estadística que nos puede ofrecer un soporte científico a la creencia de que los horarios de trabajo en España son mucho peores que en el resto de Europa.. A tal efecto, nada mejor que consultar con una Institución paradigmática de la Unión Europea, EUROFOUND que ha elaborado un informe en 2017 “Sexta Encuesta de las Condiciones de trabajo en Europa”<sup>19</sup> y cuya lectura aconsejo vivamente y que muestra un cuadro en el que figuran todos los Estados de la Unión Europea relativo al porcentaje de trabajadores que tiene un descanso de menos de 11 horas entre el fin de su jornada laboral y el comienzo de la misma al día siguiente,. Lamentablemente nuestro país ocupa el segundo lugar (60 %) en relación con los trabajadores por cuenta propia, superada únicamente por Dinamarca, y el primer lugar(47 %), en relación con los trabajadores por cuenta ajena. con una diferencia de aproximadamente más de 15 puntos con respecto al segundo,

En esta misma publicación, en la figura 109, se refleja el grado de satisfacción por el equilibrio entre la vida laboral y personal. España figura en el penúltimo lugar, superada únicamente por Grecia.

En consecuencia, la estadística parece dar la razón a los que se quejan, como la ciudadana anglosajona de los párrafos precedentes, de los horarios de trabajo en nuestro país y de la dificultad de conciliar la vida laboral y la personal.

## VI. PERMISOS PARENTALES

Las legislaciones de los Estados Miembros de la Unión Europea se están volcando con los permisos parentales que son un componente esencial en las nuevas políticas familiares dela Unión Europea. En este sentido, estas prestaciones contribuyen al equilibrio entre vida laboral y familiar, ofreciendo posibilidades a las personas que desean hacer un paréntesis en su carrera profesional para dedicarse a la educación de su hijo.

Los permisos parentales tienen una naturaleza distinta a la de los permisos de maternidad y paternidad y constituyen un termómetro importante para medir el grado de desarrollo de un Estado en relación con la Política familiar.

Tanto los permisos de maternidad<sup>20</sup> como de paternidad<sup>21</sup> tienen una regulación europea a través de Directivas por lo que existe una cierta armonización al menos en cuanto a la duración de los mismos, si bien todavía pueden existir grandes diferencias entre las distintas legislaciones.

Últimamente, el 27 de Abril de 2017, la Comisión Europea presentó la Propuesta de Directiva relativa al conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores o cuidadores <sup>22</sup> cuya orientación general en el Consejo fue aprobada en Junio de 2018. Asimismo se espera el pronunciamiento del Parlamento Europeo en fecha próxima.

Dado que en el momento actual todavía no se ha procedido a una armonización de los permisos parentales que, se repite, son un elemento fundamental de la conciliación, a continuación se presenta una panorámica europea y mundial en este campo, siguiendo la fórmula de las tablas

<sup>18</sup> Molly Lori. [https://verne.elpais.com/verne/2017/07/31/articulo/1501516000\\_490112.html](https://verne.elpais.com/verne/2017/07/31/articulo/1501516000_490112.html)

<sup>19</sup> Eurofound (2017), Sixth European Working Conditions Survey – Overview report (2017 update), Publications Office of the European Union, Luxembourg. Authors: Agnès Parent-Thirion, Isabella Biletta, Jorge Cabrita, Oscar Vargas, Greet Vermeylen, Aleksandra Wilczynska and Mathijn Wilkens. Ver figura 43

<sup>20</sup> Directiva 89/391/CEE del Consejo, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo. Diario Oficial n° L 183 de 29/06/1989 p. 1 – 8.

<sup>21</sup> DIRECTIVA 2010/18/UE DEL CONSEJO de 8 de marzo de 2010 por la que se aplica el Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental, celebrado por BUSINESSEUROPE, la UEAPME, el CEEP y la CES, y se deroga la Directiva 96/34/CE. 18.3.2010. Diario Oficial de la Unión Europea L 68/13

<sup>22</sup> COM/ 2017/0253 final Expediente Institucional 2017/0085(COD)

comparativas<sup>23</sup>. Debe destacarse que en esta tabla solamente se refiere a permisos parentales y no incluye permisos de paternidad y maternidad.

ESTADOS Y ORGANIZACIONES	PERMISOS PARENTALES DURACION DEL PERMISO INDEMNIZADO
ALEMANIA	44 semanas
AUSTRIA	44 semanas
BELGICA	17,3 semanas
BULGARIA	51,9 semanas
DINAMARCA	32 semanas
GRECIA	0 semanas
ESPAÑA	0 semanas <sup>24</sup>
FINLANDIA	143,5 semanas
FRANCIA	26 semanas
HUNGRIA	136 semanas
ITALIA	26 semanas
LUXEMBURGO	26 semanas
PAISES BAJOS	0 semanas
POLONIA	32 semanas
PORTUGAL	24,1 semanas
REINO UNIDO	0 semanas
RUMANIA	38,7 semanas
SUECIA	42,9 semanas
NORUEGA	78 semanas
UNION EUROPEA 28	43,8 semanas
EUROZONA	41,4 semanas
JAPON	44,0 semanas
ESTADOS UNIDOS	0 semanas
MEDIA OCDE	37,2 semanas

Debe tenerse en cuenta que durante estos períodos no se abona siempre a los beneficiarios el 100 % del salario neto anteriormente percibido. En algunos casos se concede el 30 %, el 50 %, el 70 % y, en algunos Estados el 100 %.<sup>25</sup> De hecho algunas legislaciones nacionales permiten alargar el período de percepción a cambio de disminuir la cuantía. Por ello, el lector debe, al examinar estos datos, actuar con precaución. No obstante, quizás lo más importante sea destacar las grandes diferencias existentes y la convivencia de Estados sin permisos parentales indemnizados con otros Estados que reconocen largos períodos parentales

## VII. APORTACIONES ESPAÑOLAS A LA CONCILIACION FAMILIAR EUROPEA

No me resisto a intentar ofrecer algunas aportaciones importantes realizadas por España en el ámbito de la conciliación en Europa. De todos modos no quisiera extenderme demasiado en este punto por lo que solamente me voy a referir a tres aspectos que considero oportuno destacar.

<sup>23</sup> Elaborado por el autor, siguiendo las estadísticas de OECD Family database <http://www.oecd.org/els/family/database.htm>. OECD - Social Policy Division - Directorate of Employment, Labour and Social Affairs. Datos a Abril de 2016

<sup>24</sup> Las aportaciones a la Seguridad Social durante el período de permiso, no se incluyen en esta estadística.

<sup>25</sup> Consultar OECD Family database <http://www.oecd.org/els/family/database.htm>. OECD - Social Policy Division - Directorate of Employment, Labour and Social Affairs. Datos a Abril de 2016

- **CONSEJO EUROPEO DE BARCELONA 2002**<sup>26</sup>.

Los Mandatarios Europeos adoptaron el siguiente compromiso “*los Estados miembros deberán suprimir los elementos que desincentivan la participación de la mano de obra femenina y, teniendo en cuenta la demanda de servicios de cuidado de niños y en consonancia con los modelos nacionales de asistencia, esforzarse en prestar, para 2010, servicios de cuidado de niños al menos al 90 % de los niños de edad comprendida entre los tres años y la edad de escolarización obligatoria, y al menos al 33 % de los niños de menos de tres años*”. Según los datos europeos en 2010 solo diez Estados miembros (DK, SE, NL, FR, ES, PT, SI, BE, LU y UK) habían alcanzado el objetivo de Barcelona para los niños menores de 3 años. Además En la categoría de los niños que tienen entre 3 años y la edad de escolarización obligatoria 11 Estados miembros (BE, ES, FR, SE, DE, EE, NL, SI, IE, DK, y UK) habían alcanzado el objetivo del 90 %. Como la felicidad es efímera en la casa del pobre, en 2011 España conoció un retroceso significativo, cayendo por debajo del objetivo del 90 %.

- **CONSEJO EPSSCO 2010.**

En el año 2010, la Presidencia española consiguió que se aprobara en el Consejo la Directiva 2010/18/UE<sup>27</sup> del Consejo, de 8 de marzo de 2010, por la que se aplica el Acuerdo marco revisado sobre el permiso parental, celebrado por BUSINESSSEUROPE, la UEAPME, el CEEP y la CES.<sup>28</sup>

- **TRIBUNAL DE JUSTICIA.** Sentencia recaída en el Asunto Pedro Manuel Roca Álvarez y Sesa Start España ETT, S.A.<sup>29</sup>

Pocas veces se puede decir que ha habido un antes y un después en la jurisprudencia comunitaria. En efecto, la Corte de Luxemburgo se había pronunciado en la década de los 80 categóricamente en el Asunto Ulrich Hofmann<sup>30</sup> del siguiente tenor : “ *la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, debe interpretarse en el sentido de que un un Estado miembro puede conceder a la madre, tras la expiración del plazo legal de protección, un periodo de descanso por maternidad cuya concesión favorece el Estado mediante el pago de una retribución. La Directiva no obliga a los Estados miembros a permitir, alternativamente, la concesión de tal periodo de descanso al padre, ni siquiera en el caso de acuerdo mutuo entre los progenitores*”. “*Por ello, dicho periodo de descanso puede lícitamente reservarse a la madre, con exclusión de cualquier otra persona, habida cuenta de que únicamente la madre puede verse bajo la presión, no deseable, de reanudar prematuramente su trabajo*”.

Esta línea de pensamiento se mantuvo durante casi 30 años hasta que un Órgano Jurisdiccional español elevó una cuestión prejudicial en el Asunto Pedro Manuel Roca en relación con el permiso de lactancia. La Corte de Luxemburgo, enmendando la jurisprudencia emanada del Asunto Hofmann se pronunció del siguiente tenor “*El artículo 2, apartados 1, 3 y 4, y el artículo 5 de la Directiva 76/207/CEE del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una medida nacional como la controvertida en el litigio principal, que prevé que las mujeres, madres de un niño y que tengan la condición de trabajadoras por cuenta ajena, pueden disfrutar de un permiso, según varias modalidades, durante los nueve primeros meses siguientes al nacimiento de ese hijo, en tanto que los hombres, padres de un niño y que tengan la*

<sup>26</sup> Ver INFORME DE LA COMISIÓN AL PARLAMENTO EUROPEO, AL CONSEJO, AL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO Y AL COMITÉ DE LAS REGIONES Objetivos de Barcelona - El desarrollo de los servicios de acogida de niños de corta edad en Europa en pro de un crecimiento sostenible e integrador. Bruselas, 29.5.2013 COM(2013) 322 final{SWD(2013) 192 final}

<sup>27</sup> Diario Oficial de la Unión Europea L 68/13 de 18.3.2010

<sup>28</sup> El Parlamento no actuaba como colegislador en esta expediente por no aplicarse el principio de codecisión.

<sup>29</sup> SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Segunda)de 30 de septiembre de 2010.Asunto 104/09

<sup>30</sup> SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA del 2 de julio de 1984. Asunto 184/83

*condición de trabajadores por cuenta ajena, sólo pueden disfrutar del citado permiso cuando la madre de ese niño también tiene la condición de trabajadora por cuenta ajena”.*

Destaco por su contundencia el siguiente considerando en relación con el reconocimiento de la madre como único titular del derecho. “*puede en cambio contribuir a perpetuar un reparto tradicional de funciones entre el hombre y la mujer al mantener a los hombres en una función subsidiaria de las mujeres respecto al ejercicio de su función parental*”.

Como señala Eugenia Caracciolo di Torella<sup>31</sup> “*En septiembre de 2010, en el caso de Roca Álvarez, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea sostuvo que la posición de un padre y madre de un niño pequeño, son comparables con respecto a su posible necesidad (...) de cuidar al niño. Esto representa un cambio radical sin precedentes del razonamiento anterior del Tribunal que en el Asunto Hofmann defendió que la Directiva sobre igualdad de trato permitía la derogación del principio de igualdad de trato solo para proteger a las mujeres antes y después del parto*”.

Un pequeño paso para España, un gran paso para Europa.

## VIII. CONCLUSIONES

Resulta difícil aseverar que en España haya habido o hay una política familiar comparable con los estándares europeos. Quizás, en algún momento se hayan potenciado políticas natalistas. En este sentido, los de mi generación recordarán los premios nacionales de natalidad que otorgaba Franco cada año y que solían recaer en Don Jesús Frago del Toro quien presentaba una tarjeta de visita de 18 hijos, aunque la mitología falsamente le atribuía más. De su esposa, que en su caso debía haber sido la premiada, no se sabía mucho.

No recuerdo que haya existido, en España como en otros países un Ministerio de la Familia. Quizás tampoco haya sido necesario. Realmente la familia ha sido y, me temo que sigue siendo, un problema interno de la propia familia. Y es que los Poderes Públicos están para otras cosas como parece desprenderse de los cuadros y estadísticas de este artículo.

El valor máximo para los españoles es la familia. No obstante me encantaría que existiera en nuestro país una política en este ámbito como en aquellos Estados para los que es la naturaleza su primera prioridad.

No soy pesimista. Por ello quisiera finalizar con una sonrisa con una frase de Groucho Marx: “*La familia es una gran institución. Por supuesto, contando que te guste vivir en una institución*”. Bueno, pues sí, pero no estaría mal que ayudáramos un poco a los que valientemente deciden crear una familia. Y no solamente por ellos.

---

<sup>31</sup> Brave New Fathers for a Brave New World? Fathers as Caregivers in an Evolving European Union Forthcoming European law Journal (2013)





## COMUNICACIONES

# CAPÍTULO VI. EL “CUIDADO” DE MENORES CON CÁNCER U OTRA ENFERMEDAD GRAVE: INTERPRETACIÓN JUDICIAL”

PILAR CHARRO BAENA

*Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad Rey Juan Carlos*

### I. INTRODUCCIÓN

El Derecho del Trabajo, caracterizado por su finalidad tuitiva, incorpora en sus disposiciones la tutela de intereses vinculados a la familia. Hasta hace algunos años, estos intereses familiares estuvieron vinculados al hecho biológico de la maternidad – y, por tanto, limitados a los hijos recién nacidos- y a la tutela de la mujer como ser débil y necesitado de una especial tutela, a la que había que salvaguardar a fin de que pudiera cumplir adecuadamente la doble función social para la que había sido concebida: la reproductiva y el cuidado de las tareas domésticas.

La incorporación masiva de la mujer al mundo laboral ha desencadenado uno de los cambios sociales de los últimos tiempos, con la consiguiente pérdida de protagonismo de la familia tradicional basada en un rígido reparto de roles entre el varón, único soporte económico de la familia, y la mujer, destinada al cuidado del hogar, los hijos y las personas dependientes. Por su parte, la entrada en vigor de la Constitución Española de 1978 y nuestra integración en la Unión Europea provocaron un giro radical en la protección jurídico-laboral de la mujer trabajadora e, indudablemente, tuvo su traducción en la regulación de las responsabilidades familiares. A pesar de ello, a principios del siglo XXI, todavía se haya fuertemente arraigada la división sexista del trabajo, de forma que el varón continúa asumiendo el rol de proveedor, y las mujeres quienes mayoritariamente resuelven las cuestiones atinentes a la conciliación de la vida familiar y laboral, atendiendo no sólo a los hijos sino también a los familiares dependientes.

Con la finalidad de tutelar aquellos intereses familiares, las normas laborales vienen instrumentando en los últimos años lo que se han denominado medidas para conciliar la vida familiar y laboral, dirigidas a hacer compatible el trabajo con el cuidado de la familia, pero también a la promoción de la igualdad de oportunidades en el trabajo buscando una distribución más justa entre mujeres y hombres de sus responsabilidades familiares. Se trata de un conjunto de medidas que, en el plano contractual, generan derechos muy diversos, como el disfrute de permisos retribuidos, la posibilidad de reducir la jornada de trabajo, o de elegir el turno, solicitar una suspensión del contrato de trabajo o una excedencia. Igualmente diverso es el panorama de las medidas establecidas en el ámbito de la Seguridad Social, en el que se articula el derecho a percibir prestaciones o beneficios de distinta naturaleza.

La actividad legislativa ha sido continúa en los últimos treinta años, desde que se aprobara la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de Conciliación de la Vida Familiar y Laboral, trasponiendo la Directiva 96/34/CE, del Consejo, de 3 de junio, relativa al Acuerdo marco sobre permiso parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES, que desde un enfoque global e integral, supuso el inicio del abandono formal de la distinción sexista presente tradicionalmente en buena parte de las normas protectoras de la maternidad, al atribuir también al padre derechos que hasta entonces se

reconocían exclusivamente a la mujer. La mencionada Ley marcó un hito en la articulación de las responsabilidades familiares por parte de los trabajadores, no sólo por el enfoque dado desde la perspectiva de género, sino también porque reconoció todos los derechos laborales de conciliación –es la primera norma interna que utiliza por primera vez el término conciliar- indistintamente a trabajadoras y trabajadoras<sup>1</sup>, a excepción, obviamente, de aquellos vinculados directamente al embarazo, parto y puerperio. para promocionar y posibilitar la conciliación de la vida personal y laboral, incorporando nuevas medidas y ampliando las prestaciones y sujetos protegidos

La última de las medidas adoptadas de envergadura fue el reconocimiento del derecho a una reducción de jornada por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave, así como la prestación económica de la Seguridad Social para el mismo fin, a la que nos referiremos en las páginas siguientes.

## II. REDUCCIÓN DE JORNADA PARA ATENDER NECESIDADES FAMILIARES

La tradicional articulación de los derechos laborales que persiguen facilitar la conciliación de la vida personal, familiar y laboral pivota sobre lo que, con acierto, se han denominado “derechos de ausencia” o de reducción (reducción de la jornada de trabajo, permisos, excedencias...)<sup>2</sup>. Estas ausencias pueden provocar consecuencias perniciosas sobre el trabajo de las mujeres, como principales “usuarias” de este tipo de instrumentos conciliadores, en cuanto suponen un apartamiento, si quiera parcial, del mundo laboral. Pero, además, pueden suponer –si nos referimos a excedencias y reducciones- la merma de retribuciones, con el consiguiente perjuicio económico al núcleo familiar.

El legislador ha reaccionado y ha acompañado el ejercicio de estos derechos de medidas que trataban de paliar los efectos negativos (reservando el puesto de trabajo, teniendo en cuenta esos períodos de ausencia como efectivamente trabajados, la consideración de situación asimilada al alta..., incluso, sin que la pérdida de salario repercuta negativamente en las indemnizaciones por extinción del contrato). Recientemente, y ello es lo relevante a los efectos que ahora nos interesan, anudando a una de las reducciones de jornada laboral una específica prestación económica de la Seguridad Social.

En la actualidad, la normativa vigente laboral contempla cuatro supuestos en los que la persona trabajadora puede reducir su jornada laboral en atención a necesidades familiares. Los tres primeros supuestos requieren del trabajador el cuidado directo de otra persona con la que le une vínculos familiares, sea o no menor de edad, esté o no enfermo, según los casos y siempre que se presenten los presupuestos de hecho requeridos en cada modalidad por el legislador.

1. Para el cuidado de directo de un menor de doce años o con discapacidad.
2. Para el cuidado de un familiar hasta segundo grado por consanguinidad o afinidad.
3. Para el cuidado de un hijo menor de edad enfermo de cáncer u otra enfermedad grave.
4. Para hacer efectiva la protección o el derecho a la asistencia social integral los trabajadores que tengan la consideración de víctimas de violencia de género.

Cabría señalar un quinto supuesto, referido al período de lactancia de un hijo menor de nueve meses. Esta situación permite a la persona trabajadora disfrutar de un permiso retribuido o reducir su jornada laboral. Dadas las diferentes modalidades de ejercicio prevista en el Estatuto de los Trabajadores y siendo su primigenia configuración la de un permiso, se ha optado por excluirla de esta relación.

<sup>1</sup> Salvo el permiso por lactancia, regulado en el artículo 37.4 del Estatuto de los Trabajadores, cuya titularidad se reconocía originariamente a las trabajadoras, aunque los podían disfrutar madre o padre, si ambos trabajaban, aunque posteriormente, con ocasión de la Reforma Laboral de 2012, y posteriormente se rectificó.

<sup>2</sup> BALLESTER PASTOR M. A.: “Conciliación laboral y familiar en la Unión Europea: rémoras, avances y nuevas líneas de tendencia en el ámbito de la corresponsabilidad”, *Revista de Derecho Social* núm. 51, 2010, págs. 31 y ss.

### III. LA REDUCCIÓN DE JORNADA PARA EL CUIDADO DE UN MENOR AFECTADO POR CÁNCER U OTRA ENFERMEDAD GRAVE

La reducción de la jornada de trabajo, como derecho reconocido al progenitor, adoptante, guardador con fines de adopción o acogedor permanente, para el cuidado de un hijo menor afectado por cáncer o por cualquier otra enfermedad grave fue introducida por la Ley 39/2010, de 22 de diciembre, de Presupuestos del Estado para el ejercicio 2011 y desarrollada por Real Decreto 1148/2011, de 29 de julio, para la aplicación y desarrollo, en el sistema de la Seguridad Social, de la prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave. Son dos las normas que se vieron modificadas: la Ley del Estatuto de los Trabajadores en su versión de 1995 y la Ley General de Seguridad Social, del Texto Refundido de 1995.

Trae su causa de una constante y larga reivindicación de los padres con hijos menores a quienes se les diagnostica cáncer u otra enfermedad grave. Otros instrumentos arbitrados por el ordenamiento laboral, en particular la reducción de jornada de trabajo por hijo menor de doce años o la excedencia para cuidado de hijo o familiar que no pueda valerse por sí mismo, por razones de edad, accidente o enfermedad, se revelaba a todas luces insuficiente. Hasta su reconocimiento, “la mayoría de las familias (sobre todo aquéllas en las que madre y padre trabajan) se ‘apañan’ con excedencias, apurando al máximo las vacaciones, recurriendo a meses sin sueldo, pactando con la empresa o en algunos casos con una baja médica”<sup>3</sup>. La Federación Española de Padres de Niños con Cáncer apuntaron que el 70 por ciento de las familias con hijos con enfermedades graves tienen problemas de conciliación y entre el 30 y el 40 por ciento de esas familias acaba perdiendo el trabajo<sup>4</sup>.

El ejercicio de aquellos derechos laborales implica, como se sabe, la reducción proporcional o la desaparición del salario. A nadie se le escapa que la atención a un hijo con una enfermedad grave supone un desembolso importante y extraordinario para las familias. Si a ello se une el hecho de que son las mujeres quienes soportan el peso de las responsabilidades familiares y que en muchas ocasiones la incorporación de las mujeres de clase media al mercado de trabajo ha obedecido a la oportunidad que suponía para las familias la ocasión de poder contar con un doble ingreso para mantener la familia, la pérdida de parte o todo de ese segundo salario para poder atender al hijo menor enfermo no hace sino agravar los problemas de economía familiar.

La reducción de jornada para el cuidado de un menor afectado por cáncer u otra enfermedad grave tiene su antecedente más inmediato en la Proposición no de Ley presentada por Grupo Parlamentario Catalán (Convergencia i Unió) el 22 de septiembre de 2010, en la que el Congreso de los Diputados instaba al Gobierno a realizar las modificaciones pertinentes a fin de contemplar en el caso de que ambos trabajen, que uno de los padres pudieran acogerse a un permiso retribuido para el cuidado, durante la hospitalización y tratamiento, de un hijo diagnosticado de cáncer o con cualquier otra enfermedad grave, que implique ingreso hospitalario. Aunque ya desde el año 2004 se intentó presentar dicha Proposición no de Ley, si bien no llegó a debatirse. Al margen de otras consideraciones, se fundamenta en el mandato contenido en el artículo 39.2 de nuestra Carta Magna acerca de la protección integral de los hijos, en este caso los menores de dieciocho años afectados por cáncer u otra enfermedad grave, pues bien mirado son los verdaderos causantes del subsidio en cuestión, “por mucho que los beneficiarios del mismo sean los progenitores, adoptantes o acogedores de carácter permanente o preadoptivo”<sup>5</sup>.

Las normas antedichas añadieron un párrafo al artículo 37.5 ET (hoy, 37.6), reconociendo el derecho del progenitor, adoptante o acogedor de carácter preadoptivo o permanente a reducir la jornada de trabajo, con la disminución proporcional del salario de, al menos, la mitad de la duración de aquélla, para el cuidado del menor. Por otra, se incorporó una nueva contingencia al

<sup>3</sup> <http://www.elmundo.es/elmundosalud/2010/11/16/oncologia/1289898934.html>

<sup>4</sup> <https://www.elimparcial.es/noticia/74265/sociedad/los-padres-con-hijos-enfermos-tranquilos-tras-ver-cumplida-su-historica-reivindicacion.html>

<sup>5</sup> SSTS Madrid de 20 de mayo de 2016, Rec. 114/2016 y de 9 de mayo de 2014, Rec. 1968/2013.

sistema de Seguridad Social en el artículo 135 quáter, incluido en el Capítulo IV sexies del Título II de la LGSS (hoy, art. 192).

La prestación que nos ocupa pretende proteger la difícil situación que se produce cuando ambos progenitores (o acogientes) trabajan y uno de ellos debe dedicar parte o toda la jornada al cuidado de un hijo menor que padece una grave enfermedad por la que debe permanecer largo tiempo hospitalizado y con un tratamiento que requiere atención directa; no solo palió los perjuicios a los que acabamos de aludir previendo un subsidio económico que compense la pérdida de ingresos por la reducción de jornada, sino que también pone en valor el trabajo no remunerado del cuidado de familiares, una vez que prácticamente han desaparecido las redes informales tradicionales de apoyo.

Ha de advertirse que la primigenia Proposición no de Ley se refería solo al supuesto en que el hijo del trabajador estuviese afectado por cáncer, si bien el propio Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió) presentó una ampliación referida a los hijos con otras enfermedades graves, no sólo las oncológicas, que implicasen un ingreso de larga estancia en el hospital<sup>6</sup>.

#### IV. LA INTERPRETACIÓN JUDICIAL ACERCA DE LA EXIGENCIA DEL “CUIDADO DIRECTO, CONTINUO Y PERMANENTE”

Tratándose de una comunicación, el objetivo es muy limitado. Por descontado, no se pretende examinar el régimen jurídico, ni de la reducción de jornada ni de la prestación de Seguridad Social. Simplemente, se va a procurar reflexionar y analizar una cuestión muy puntual, cómo es la interpretación que la jurisprudencia y la doctrina vienen dando al requisito de que el menor precise un cuidado directo, continuo y permanente y, en particular, si dicha exigencia subsiste a pesar de que el menor se encuentre escolarizado.

Como se sabe, el artículo 190 LGSS describe la situación protegida de la prestación económica por cuidado de menores afectados por cáncer u otra enfermedad grave, la reducción de jornada de, al menos un 50 por ciento, que lleven a cabo los progenitores, adoptantes, guardadores con fines de adopción o acogedores de carácter permanente, cuando ambos trabajen, para *el cuidado directo, continuo y permanente* del menor afectado por cáncer (tumores malignos, melanomas y carcinomas) o por cualquier otra enfermedad grave que requiera ingreso hospitalario de larga duración, durante el tiempo de hospitalización y tratamiento continuado de la enfermedad. Por su parte, el artículo 2 del RD 1148/2011, de 29 de julio, reitera dicho texto, añadiendo, en el segundo inciso del párrafo 1, que se considerará como ingreso hospitalario de larga duración la continuación del tratamiento médico o el cuidado del menor en domicilio tras el diagnóstico y hospitalización por la enfermedad grave. Esta equiparación es una muestra más de la sensibilidad del legislador, acorde con los planteamientos sociológicos y médicos, además de los jurídicos, pues se sabe que en la actualidad, si es posible, se prefiere que el paciente –también, el menor– continúe el tratamiento en su domicilio y permanezca ingresado en el centro hospitalario<sup>7</sup>.

De la lectura de los preceptos transcritos pudiera pensarse que la finalidad de la prestación se circunscribe a las situaciones en las que los menores sufren una enfermedad grave que precisan el cuidado intensivo de los padres durante un período limitado de tiempo, pues bien por la hospitalización o bien por la necesidad de un tratamiento médico intenso, es incompatible con el trabajo diario de los progenitores. En suma, situaciones de carácter ocasional, coyuntural, aunque

<sup>6</sup> Enmienda presentada tanto por el Grupo Parlamentario Popular en el Congreso como por el propio Grupo Parlamentario Catalán (Convergència i Unió). Véase, BOCG: Congreso de los Diputados. IX Legislatura. Serie D. Núm. 455, págs. 28 y 29, respectivamente.

<sup>7</sup> En la misma línea, la Ley Orgánica 3/2007, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, de 22 de marzo modificó, entre otros aspectos, el artículo 37.3 b), que regula los denominados permisos retribuidos por infortunio familiar, tales como accidente o enfermedad grave y hospitalización de parientes hasta segundo grado por consanguinidad o afinidad, así como por fallecimiento de los mismos, y a la realidad social amplió el supuesto de hecho que da derecho al permiso retribuido de dos días para los casos intervención quirúrgica sin hospitalización que precise reposo domiciliario.

de gran trascendencia en la estabilidad familiar, también en la estabilidad económica. De hecho, la duración de la enfermedad y su tratamiento tiene su propio protocolo médico<sup>8</sup>.

Sin embargo, si se repasa el listado de enfermedades graves que contiene el Anexo del RD 1148/2011, de 29 de julio incluye enfermedades de larga duración, crónicas, dolencias de carácter permanente o situaciones de discapacidad (en las que tampoco son suficientes las prestaciones del Sistema Nacional de Dependencia). La prestación exige que exista ingreso hospitalario de larga duración; la jurisprudencia viene entendiendo que se cumple el requisito cuando la hospitalización se produjo en el origen de la enfermedad, y siempre que se demuestre la necesidad del tratamiento continuado de la enfermedad, procede el reconocimiento de la prestación<sup>9</sup>.

Es en estos últimos casos en los que cobra protagonismo una situación particular, como es que el menor afecto de una enfermedad grave se encuentre escolarizado. En estos casos ¿puede entenderse que en casos de escolarización –ya esa especializada, ya sea normalizada– se cumple la exigencia de la necesidad de cuidado directo, constante y permanente que requiere el menor enfermo?

Algunos pronunciamientos judiciales, venían denegando esta posibilidad. Así, puede señalarse la STSJ del Principado de Asturias de 30 de septiembre de 2014<sup>10</sup>, en la que se afirma que: “el menor [diagnosticado de diabetes mellitus tipo 1] precisa de seis dosis diarias de insulina y de cinco a seis controles de glucemia sin que ello le haya impedido una escolarización normal pues asiste regularmente a su colegio en horario de mañana y tarde siendo la madre quien habitualmente le acompaña a la entrada y salida de clase y en caso necesario el colegio puede avisar indistintamente a la madre o al padre, si bien es la madre la que acude al colegio en caso de tener que aplicar insulina al menor, no constando que haya ocurrido hasta la actualidad, a lo que cabe añadir que en el último informe del Hospital [...] y que [...] las dosis de insulina se le administran a las horas de las comidas y de otro lado en el colegio son los profesores que siguiendo el protocolo "plan de actuación en la Escuela" enviado por los padres al centro, se responsabilizan del niño avisando a los padres si ocurre un episodio fuera de lo corriente”. Si se aprecia, la enfermedad que padecía el menor se encuentra recogida en el listado contenido en el Anexo del RD 1148/2011, sin embargo, las circunstancias peculiares –escolarización normal, con asistencia regular en horario de mañana y tarde, así como la ausencia de ocasiones en los que la madre del menor haya tenido que acudir al centro hospitalario para suministrarle la insulina a su hijo y el que sean los propios profesores quienes vigilan de que no ocurra ninguna circunstancia extraordinaria, hacen que, con razón, el Tribunal considere que no se dan los presupuestos para el reconocimiento de la prestación controvertida. Dicho de otro modo, no es que impida acceder a la prestación el hecho de que el menor se encuentre escolarizado, sino que no se ha acreditado la necesidad del cuidado directo, continuo y permanente que debe dispensarle el progenitor.

Sin embargo, otros pronunciamientos rotundamente afirman que, aunque el cuidado que necesita el menor ha de ser directo, continuado y permanente, no se requiere que sea en un centro hospitalario y sin que sea el beneficiario sea quien hay de prestarlo en todo momento, como lo revela “que la prestación se reconozca con reducción de jornada, sin exigir dejar el trabajo”<sup>11</sup>. Más específicamente, no obsta a la necesidad del cuidado directo, continuo y permanente “EL hecho de que lleve una vida escolar que pueda estar básicamente normalizada, y que incluso, durante la misma ese cuidado directo lo preste su profesora, puesto que la norma no exige que sea el beneficiario de la prestación quien lo realice en exclusiva”. En este caso, el diagnóstico del menor es de acetoacidosis diabética grave y diabetes mellitus tipo 1, como en el anterior caso comentado, pero queda acreditado que dentro del Plan de actuación propuesto por los responsables médicos

<sup>8</sup> Tratándose de cáncer infantil, "Como media, el trámite desde el diagnóstico hasta el final del tratamiento puede durar entre 1,5 y dos años", afirmaba la presidenta de ASION (la asociación que agrupa a los padres en la Comunidad de Madrid). <http://www.elmundo.es/elmundosalud/2010/11/16/oncologia/1289898934.html>

<sup>9</sup> STSJ Aragón de 30 de octubre de 2013, Rec. 436/2013.

<sup>10</sup> Rec. 1522/2014. Véase, también, la STSJ País Vasco de 17 de diciembre de 2013, Rec. 2159/2013.

<sup>11</sup> STSJ Andalucía/Sevilla de 29 de octubre de 2015, Rec. 375/15.

de su tratamiento incluye la necesidad de atención de la familia durante el horario escolar para el control de la hiperglucemia y administración del almuerzo y, en ocasiones, a media mañana.

En el mismo sentido, puede traer a colación la STSJ Madrid de 20 de mayo de 2016<sup>12</sup>, respecto a un menor que se encuentra escolarizado en un centro de integración con alumnos con discapacidad motora, en la que se insiste que aunque el menor requiera un cuidado directo, continuo y permanente, el beneficiario no ha de prestarlo en todo momento. El acudimiento a un centro escolar supone, en todos estos casos, una pequeña ayuda, un pequeño “respiro” para los padres, cuando el menor, debido a su patología, está necesitado de una vigilancia continua.

Pero tampoco es óbice que el menor se encuentre escolarizado en un colegio normalizado<sup>13</sup>, con clases de integración y con una terapeuta privada que acude al centro escolar, pues ello “no equivale a una escolarización normal, sino que constituye una ayuda específica o tiempo de descanso de los padres respecto al cuidado continuo en el domicilio y de forma externa al mismo (recibe terapia en otros centros privados).

La STS de 28 de junio de 2016 ha unificado doctrina y ha declarado que del examen de los preceptos aplicables se deduce que el hecho de que el menor esté escolarizado no impide que se aprecie la concurrencia de las circunstancias exigidas para la concesión de la prestación debatida.

Para alcanzar esta conclusión, el TS presenta hasta cinco razones.

1ª.- En ninguno de los preceptos analizados se exige que la atención al menor se lleve a cabo durante las veinticuatro horas del día; tan solo exigen que el cuidado sea directo, continuo y permanente, sin que tal exigencia sea equiparable a “cuidado durante el día entero”. Añadiríamos, que si no existiese la posibilidad de que un tercero pudiese prestar en algunos momentos el cuidado requerido al menor unos de los progenitores, no sería suficiente que éstos solicitaran una reducción de jornada, sino que sería preciso que al menos uno de ellos abandonaran su relación laboral, que es lo que precisamente, como ya se dijo anteriormente, lo que se pretende evitar con el reconocimiento de este subsidio económico.

2ª.- El subsidio a favor del progenitor, adoptante o acogedor queda anudado a que éste reduzca la jornada laboral, al menos, en un 50 %, lo que revela que, aun siendo la reducción mínima de envergadura, una parte del tiempo diario lo va a dedicar a realizar su trabajo y no al cuidado del menor.

3ª.- El hecho de que el menor esté escolarizado en un colegio de educación especial, “donde recibe atención de fisioterapeuta, profesora de audición y lenguaje, profesora de pedagogía terapéutica y auxiliar técnico”, no significa que, dadas la gravedad de las dolencias que padece el menor y las severas limitaciones que comportan, durante el tiempo que permanezca en el hogar no ha de ser atendido intensamente, prestando un cuidado directo, continuo y permanente por parte de la madre. En suma, la escolarización del menor no es óbice para que los padres deban proporcionar cuidados intensivos a sus hijos menores de edad que sufren una enfermedad grave.

4ª.- El artículo 7.3 del RD 1148/2011, que regula las causas de extinción de la prestación, no contempla, entre ellas, el hecho de que el menor esté escolarizado.

5ª.- Añade el TS un argumento lógico, más allá de la letra de la ley, afirmando que por muy severas que sean las limitaciones que padece el menor, en la actualidad parece impensable que un menor no acuda a un centro de escolarización, para “en la medida de lo posible, mejorar su situación e intentar que adquiera los conocimientos que su situación le permita”.

A mayor abundamiento, y como ya habíamos señalado anteriormente, el alto Tribunal es sensible a la realidad que subyace en cada una de las situaciones, y así para corroborar la oportunidad del reconocimiento de la prestación en cuestión, recuerda que la madre del menor, tras el nacimiento, solicitó una excedencia para atender a su cuidado, y una vez extinguida, hubo de

<sup>12</sup> Rec. 114/2016.

<sup>13</sup> STSJ Madrid de 25 de abril de 2016, Rec. 653/2015.

solicitar, “a pesar de lo exiguo de sus ingresos” la reducción de jornada del 56,25 % para dedicarse a ese menester.

En aplicación de la anterior doctrina, los posteriores pronunciamientos judiciales han considerado irrelevante, a efectos del reconocimiento del derecho a la prestación económica por cuidado de hijo menor afecto de cáncer u otra enfermedad grave por parte de la madre el que el menor esté escolarizado en un centro especial, y así la STSJ Andalucía/Málaga de 5 de octubre de 2017<sup>14</sup>, dada la gravedad de las dolencias que padece y las severas limitaciones que conllevan que obligan a que el tiempo que permanece en su domicilio tenga que ser objeto de atención continua; o en un centro normalizado, incluso que durante la vida escolar ese cuidado directo lo preste su profesor/a, dados los efectos del tratamiento seguido que, además de las faltas de asistencia al centro escolar, exige un exhaustivo control “que precisará un cuidado más allá de lo que comporta la condición de un buen padre (o una buena madre) de familia, un seguimiento estricto de los efectos y manifestaciones que se pueden producir en la evolución de esa patología crónica que cubren –a lo que creemos- las exigencias del precepto”<sup>15</sup>.

## V. CONCLUSIÓN

Como se acaba de detallar, la normativa prevé que, a efectos de apreciar la situación jurídica protegida, que el cáncer o la enfermedad grave del menor implique un ingreso hospitalario de larga situación, circunstancia que se ha flexibilizado, considerando expresamente como ingreso hospitalario de larga duración la continuación del tratamiento médico o el cuidado del menor en el domicilio tras el diagnóstico y hospitalización por la enfermedad grave. Pero, en todo caso, que el menor requiera un cuidado directo, continuo y permanente durante esas situaciones.

Nada señala la ley ni el reglamento sobre la incidencia de la escolarización del menor en un centro normal o especial. El Tribunal Supremo, así como diferentes Tribunales Superiores de Justicia, admiten que la escolarización, del tipo que sea, no sea óbice para el reconocimiento de la prestación de Seguridad Social para el cuidado de un menor afectado por cáncer u otra enfermedad grave. Y ello es así porque, del mismo modo que el hecho de que se le diagnostique al menor una de las enfermedades listadas en el Anexo del RD 1148/2011 no implica *ipso facto* el reconocimiento del subsidio referido, lo verdaderamente relevante es que el cuidado sea directo, continuado y permanente, lo que no significa que deba prestado por el progenitor (o asimilados) cuidador las veinticuatro horas del día.

Esta interpretación jurisprudencial revela la sensibilidad del legislador –lo cierto, en una prestación que adolece de ciertas deficiencias- a las implicaciones familiares y económicas que tiene que tiene el diagnóstico de cáncer u otra enfermedad grave a un menor. De alguna manera, podría decirse que va más allá de lo que se proponía en el Informe “Estudio sobre el cuidado de menores con enfermedad grave: una propuesta normativa”, que aconsejaba el establecimiento de un período mínimo y máximo previstos de hospitalización o asistencia domiciliaria del menor que quiera la atención de los progenitores y que cuanto a la duración máxima “se recomienda [...] que no exceda de 18-24 meses, considerando que se trate de una necesidad de cobertura temporal<sup>16</sup>, permitiendo dar cobertura a aquellos supuestos en que la enfermedad grave, por ejemplo, parálisis cerebral, requiere, con toda probabilidad, esa atención intensa durante toda la vida, lo que permitiría reconocer la prestación hasta que el menor cumpliera dieciocho años.

<sup>14</sup> Rec. 2813/2016.

<sup>15</sup> STSJ Galicia de 29 de julio de 2016, Rec. 299/2016.

<sup>16</sup> [http://www.amat.es/Ficheros/424\\_artRel.pdf](http://www.amat.es/Ficheros/424_artRel.pdf), pág. 33.





# CAPÍTULO VII. EL IMPACTO DE LA REFORMA LABORAL BRASILEÑA (LEY NÚM. 13.467/2017) EN LA PROTECCIÓN A LA FAMILIA Y LA SEGURIDAD SOCIAL: EL TELETRABAJO DE LA MUJER.

DANIELA DA ROCHA BRANDÃO<sup>1</sup>

## I. PARTE GENERAL: ESTRUCTURA, SISTEMA DE FINANCIACIÓN Y BENEFICIOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL BRASILEÑA

El presente apartado tiene como objetivo principal transmitir un breve panorama sobre la realidad del Sistema de Seguridad Social en Brasil, de acuerdo con el tema propuesto. Por ello, partimos de la premisa de que hay un consenso en la práctica, de cuño neoliberal<sup>2</sup>, sobre la necesidad de implementación de reformas en los Sistemas de Seguridad Social, de manera que, en muchos países, nuevas estructuras han sido aprobadas a partir de finales del cuarto del siglo XX. En América Latina<sup>3</sup>, las reformas han empezado en los años ochenta, teniendo Chile como pionero en la evolución proceso reformista, en 1981. Luego, dicho movimiento, con más intensidad, centrándose en la década de noventa, aunque haya sido ampliado para los años de 2000: Perú (1993), Colombia (1994), Argentina (1994), Uruguay (1996), Bolivia (1997), México (1997), Brasil (1998 e 2003), El Salvador (1998), Nicaragua (2001) e Costa Rica (2001).

Por otra parte, Brasil no ha sido excluido del movimiento reformista, una vez que en los años 1998<sup>4</sup> y 2003, ha implementado reformas sustanciales que generaron, como consecuencia inmediata, modificaciones en la Constitución Federal (EC núm. 20/1998 y EC núm. 41/2003). Importante y oportuno es notar, que han existido otras Enmiendas Constitucionales de menor impacto<sup>5</sup>, que ocurrieron alterando un aspecto u otro, de enmiendas anteriores así como de

<sup>1</sup> Doctora en Derecho por el Departamento Mercantil y del Trabajo de la Universidad de Santiago de Compostela - USC. Miembro de la Comisión de Derecho del Trabajo del Instituto dos Advogados Brasileiros-IAB. Miembro de la Comisión Especial de Derecho Sindical del Colegio de Abogados de Rio de Janeiro - OAB/RJ. Miembro de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social-AESSS. Profesora de la Escuela Superior de Abogacía de Rio de Janeiro - ESA/RJ. Profesora de Derecho del Trabajo de la Pontificia Universidad Católica de Rio de Janeiro - PUC-Rio en la graduación y en el posgrado (CCE)

<sup>2</sup> Sobre las ideas y efectos del neoliberalismo en el contexto del Derecho del Trabajo, véase: MONEREO PÉREZ, José Luis. *La metamorfosis del Derecho del Trabajo*. Albacete: Ed. Bomarzo, 2017. SUPLOT, Alain. *Crítica do Direito do Trabalho*. Lisboa: Ed. Fundação Calouste Gulbenkian, 2016. Tradução de FERNANDES, António Monteiro, do texto original *Critique du droit du travail*, França: Presses Universitaires de France, 2002. CARELLI, Rodrigo. “O neoliberalismo, as reformas trabalhistas, a “desdemocratização” e os direitos humanos no trabalho”. In: Blog del Profesor de Derecho del Trabajo de la UFRJ, Rodrigo Carelli: <https://rodrigocarelli.org/2017/02/20/o-neoliberalismo-as-reformas-trabalhistas-a-desdemocratizacao-e-os-direitos-humanos-no-trabalho-artigo/> (último acceso en 19.08.2018).

<sup>3</sup> Con carácter general respecto a la Seguridad Social en América Latina, *vid.*, ALVIM, Renata. *Seguridade social na América Latina: trajetórias recentes de reforma e contrarreforma*. Rio de Janeiro: UFRJ- PPG en Económicas (f. 211-217), 2011. Disertación para la obtención del título de maestría.

<sup>4</sup> Cf. sobre el tema, SILVA, Ademir. “A reforma da previdência social brasileira: entre o direito social e o mercado”, *São Paulo Perspec*, São Paulo: Julio/Sept. 2004, vol.18, n.º.3.: “No Brasil, as novas regras derivadas da Emenda Constitucional – EC n. 20/98 representaram, com efeito, a imposição de perdas aos segurados, uma vez que o eixo da reforma foi o ‘aumento da idade média de concessão’ do benefício, implicando extensão do período contributivo, redução dos gastos no curto prazo pela postergação da concessão e redução dos gastos no longo prazo pela concessão por menor período”. In: [http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci\\_arttext&pid=S0102-88392004000300003](http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0102-88392004000300003) (último acceso en 15.04.2018).

<sup>5</sup> Enmiendas Constitucionales números: 47/2005, 70/2012, 79/2014, 88/2015, 98/2017.

algunos pocos dispositivos constitucionales, como por ejemplo el caso de la EC núm. 88, de 7 de mayo del 2015, que ha modificado el art. 40, § 1º, II de la Constitución Federal, relativamente al límite de edad para la jubilación automática del servidor público, así como añade el art. 100 al Acto de las Disposiciones Constitucionales Transitorias – ADCT. También han sido editadas diversas leyes que reglamentaban en varios aspectos la Constitución Federal de 1988 (CF/88), entre las cuales, llamamos la atención para dos de ellas que hemos considerado más relevantes: (i) la Ley núm. 8.213/1991, que define y reglamenta el Plan de Beneficios de la *Previdência Social*; (ii) la Ley núm. 8.742/1993 (Ley Orgánica de Asistencia Social- LOAS), que define que la asistencia social es un derecho del ciudadano y un deber del Estado.

La estructura del sistema *previdenciário* brasileño se constituye sobre la base de dos regímenes: el Régimen General de la *Previdência Social* (RGPS) que abarca a los trabajadores del sector privado y el Régimen Propio de *Previdência* (RPP), circunscrito a los trabajadores del sector público de los tres niveles del gobierno (*municipal, estadual e federal*), siempre teniendo en cuenta que cada nivel posea su propio régimen. Los militares poseen plan específico, con reglas diferentes de aquellas observadas por los civiles.

En Brasil el Régimen General de la *Previdência Social* (RGPS) adquiere políticas desarrolladas por la Secretaría de *Previdência* del Ministerio de la Hacienda Pública y ejecutadas por el Instituto Nacional de Seguridad Social (INSS), que es una autarquía federal más, vinculada al Ministerio de Desarrollo Social y de Agricultura. Tal régimen tiene carácter contributivo y de filiación obligatoria. Los contribuyentes son los empleadores, empleados asalariados, empleados del hogar, autónomos, contribuyentes individuales y trabajadores rurales. Los contribuyentes individuales son aquellas personas que trabajan por cuenta propia (autónomos) y los trabajadores que prestan servicios de naturaleza eventual, sin vínculo de empleo (*diaristas*<sup>6</sup>, taxistas, los curas, los jefes de comunidad remunerados y etc.). Hay también la posibilidad de que las personas sin renta propia puedan inscribirse en el RGPS, como, por ejemplo, las amas de casa y los estudiantes, lo único que se exige es la edad mínima de 16 años. En este caso los asegurados son llamados *facultativos*. Los beneficios que los asegurados poseen son: pensión por edad, pensión por invalidez, por tiempo de contribución, pensión especial, auxilio-enfermedad, auxilio accidental, auxilio reclusión, pensión por muerte, pensión especial para los portadores de la *Síndrome da Talidomida*, salario-maternidad, salario-familia, asistencia social *BPC /LOAS*. Por lo tanto, la *previdência social* brasileña es un seguro que garantiza la renta del contribuyente y de su familia, en casos de enfermedad, accidente, embarazo, encarcelación, muerte y vejez.

Pese a todo, hay analistas económicos que insisten en afirmar que nueva ronda de reformas será necesaria<sup>7</sup>. Sin embargo, independiente de comentarios referentes a supuestas modificaciones en los sistemas de pensiones, coincidimos de este sistema opera como *“um contrato por meio do qual cada indivíduo se compromete a pagar certo percentual de sua renda corrente durante dado tempo, para poder receber um valor – normalmente, uma fração de sua renda corrente - depois que se retirar do mercado de trabalho, por estar velho ou fisicamente incapacitado.”*<sup>8</sup>

<sup>6</sup> Sobre dicha modalidad de empleado *vid.*; MIGUEL, José Antonio y NEVES, Cristina Silva. “Trabalho doméstico: A precarização do Trabalho da diarista sob a perspectiva da OIT e o Direito ao Trabalho Decente”. In: VV.AA. *Direito Internacional do Trabalho e a Organização Internacional do Trabalho. Trabalho Decente*. VILLATORE, Marco Antônio César y CAVALCANTE, Jouberto de Quadros Pessoa (Orgs.). São Paulo: LTr, 2017, p.137: “Considerando, pois, o texto legal, a empregada que trabalhar dois dias ou menos na semana, não poderá ser considerada empregada doméstica, tem-se aí a figura da diarista que, em tal caso, permanece fora da proteção conferida pelo ordenamento jurídico brasileiro.”

<sup>7</sup> Con referencia al tema de contexto y números de la *previdência social* brasileña *vid.*, TAFNER, Paulo. “Desafios e Reformas da Previdência Social brasileira”, In: *Dossiê- Caminhos do Desenvolvimento, Revista USP*, São Paulo: marzo/abril/mayo 2012, n° 93, pp. 137-156.

<sup>8</sup> *Ibidem*, p. 145. Cf. sobre la noción de seguridad social, ALONSO OLEA, Manuel y TORTUERO PLAZA, José Luis. *Instituciones de Seguridad Social*. Madrid: Ed. Civitas, 1998, p.19: “Seguridad social, en tal definición, es prevención y remedio de siniestros que afectan al individuo en cuanto miembro de la sociedad y que ésta es incapaz de evitar en su fase primera de riesgo, aunque puede remediar y, en alguna medida, prevenir su actualización en siniestro. La seguridad social es un mecanismo interpuesto entre una situación potencial siempre presente de riesgo y una situación corregible, y quizá evitable, de siniestro, allegando recursos que garanticen el mecanismo.”

Aunque el enfoque presente esté dirigido a la *Previdência Social* brasileña, es claro que la Seguridad Social, en Brasil, comprende una amplia casuística, que no está ceñida apenas por situaciones de apartamiento de la vida laboral, por razones de: enfermedad, embarazo, jubilación y etc. Particularmente, merece la pena citar el art. 6º de la Constitución Federal brasileña (CF/88), inserido en el conjunto de las garantías fundamentales de la persona humana, ubicado en el elenco de los *derechos sociales*, entre otros: el derecho a la salud<sup>9</sup>, a la *previdência Social* y a la asistencia a los más vulnerables. Aún el ámbito de la CF/88, es indispensable mencionar el *Título VIII – DA ORDEM SOCIAL*, y asimismo el *Capítulo II da Seguridade Social* inserido en el primer (arts.194 y 195 de la CF/88). De acuerdo con el art. 194, § único, de la CF/88, restan claros en la misma norma legal los principios que rigen la seguridad social brasileña, así como sus objetivos<sup>10</sup>.

Otro aspecto relevante, dice respecto a la financiación del sistema de la seguridad social, que también está previsto en la Constitución de la República Federativa de Brasil de 1988, específicamente en el art. 195 da CF/88. Dicho artículo establece que la seguridad social “*será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta*”, en los términos de la ley. Los trabajadores y empleadores pagan automáticamente a partir del inicio de la relación de empleo, caracterizándose dicha recaudación como fuente de costeo directo del sistema de seguridad social. Relevante aún, es el hecho del presupuesto de la Seguridad Social deber ser elaborado de forma integrada por los órganos responsables: por la salud, por la *Previdência Social* y por la asistencia social. Es decir, se concreta em razón de las metas y prioridades establecidas en la Ley de Directrices Presupuestarias, no obstante, cada área poseer la competencia respecto a la gestión de sus recursos (art. 195, § 2º, de la CF/88). El Poder Ejecutivo también debe enviar al Congreso Nacional, anualmente, acompañado de la Propuesta Presupuestaria de la Seguridad Social, proyecciones matemáticas relativas a la Seguridad Social, abarcando un lapso temporal de mínimo 20 años, considerándose aún las hipótesis cuanto a las variaciones demográficas, económicas e institucionales importantes (art. 96 de la Ley núm. 8.212/91). Así, en este contexto, hay la discusión sobre la inconstitucionalidad de la desviación de los recursos del presupuesto de la Seguridad Social<sup>11</sup>, con destino diverso del coste de las prestaciones del mismo sistema de protección social.<sup>12</sup>

#### A) La protección del Sistema de Seguridad Social brasileño respecto a la maternidad

En razón, de la importancia para la sociedad de que la mujer tenga su hijo en condiciones favorables, la legislación laboral y de seguridad social debe promocionar reglas que garanticen tal objetivo. Actualmente, el fundamento principal de las disposiciones de protección, en sentido estricto, del trabajo de la mujer, se encuentra en la maternidad. Sin embargo, concomitante a dicha

<sup>9</sup> Véase con carácter general sobre el tema, TOVAR, Joaquín Aparicio. “Derecho a la Asistencia Sanitaria”. In: VV.AA. *Los retos actuales de la Asistencia Sanitaria Española en el Contexto de la Unión Europea. XIII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*. Murcia: Ed. Laborum, 2016.

<sup>10</sup> Artículo 194, § único, de la CF/88, in verbis: “A seguridade social compreende um conjunto integrado de ações de iniciativa dos Poderes Públicos e da sociedade, destinadas a assegurar os direitos relativos à saúde, à previdência e à assistência social. Parágrafo único. Compete ao Poder Público, nos termos da lei, organizar a seguridade social, com base nos seguintes objetivos: I- universalidade da cobertura e do atendimento; II- uniformidade e equivalência dos benefícios e serviços às populações urbanas e rurais; III- seletividade e distributividade na prestação dos benefícios e serviços; IV- irredutibilidade do valor dos benefícios; V- equidade na forma de participação no custeio; VI- diversidade da base de financiamento; VII- caráter democrático e descentralizado da administração, mediante gestão quadripartite com participação dos trabalhadores, dos empregadores, dos aposentados e do Governo nos órgãos colegiados.”

<sup>11</sup> Cf. BONNET, Florence, BEHRENDT, Christina y CICHÓN, Michael. “Seguridad Social: tres enseñanzas extraídas de la crisis mundial”. In: VV.AA. *La crisis mundial. Causas, respuestas y desafíos*. Madrid: MESS, 2014. Colección Informes OIT, núm. 91, p.201: “La primera enseñanza extraída de la crisis subraya la necesidad de que haya garantías con respecto al diseño y a la financiación de los sistemas de seguridad social, y en concreto, de los regímenes de pensiones. Las recientes reformas de las pensiones en algunos países han desviado el riesgo financiero hacia los trabajadores, y los exponen excesivamente a la inestabilidad de los mercados financieros. Asimismo, el creciente desempleo, el subempleo y la tendencia hacia el empleo informal afectan de forma negativa, tanto directa como indirectamente, a las finanzas de la seguridad social. La crisis ha destacado la necesidad de contrarrestar estos riesgos por conducto de salvaguardas adecuadas.”

<sup>12</sup> Cf. GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. “Reforma Previdenciária e Princípio da Proibição do Retrocesso Social”, *Revista Brasileira de Direito Previdenciário*, Ano VI, nº 33. Porto Alegre: Lex Magister, 2016, pp. 36-48.

verificación, la ley debe proteger a la mujer embarazada y a la madre trabajadora, de posibles discriminaciones por razón de género en el trabajo<sup>13</sup>, por temas relacionados a la maternidad. Así, en Brasil, el período de ‘licencia-maternidad’ debe ser asegurado a la mujer, pero sin que el empleador tenga que subvencionar dicho período, el coste, en este supuesto, recaerá sobre toda la sociedad. Por ello, el ‘salario-maternidad’ está previsto como contingencia cubierta por la seguridad social, financiada por dinero público de la *previdência social*, sin nada pesar económicamente a los empleadores que contratan empleadas, de acuerdo con el art. 7º, XVIII, de la CF/88, *in verbis*:

*“Art. 7º- São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: XVIII- licença à gestante, sem prejuízo do emprego e do salário, com duração de cento e vinte e dias.”*

La prestación debida en el descanso por maternidad, o ‘salario-maternidad’, es derecho de las aseguradas empleadas, trabajadoras autónomas, empleadas del hogar, contribuyentes individuales, *facultativas* y aseguradas especiales, en la época del parto, incluido el nacimiento del feto muerto, aborto no criminal, adopción o tutela judicial para fines de adopción. Partimos de la premisa de que el parto es el nacimiento ocurrido desde la 23ª semana en adelante del embarazo. El art. 25 da Ley núm. 8.213/91, III, establece el aseguramiento de las prestaciones pecuniarias del Régimen General de la *Previdência Social*, referentes al ‘salario-maternidad’ a las aseguradas protegidas por las disposiciones legales V y VII del art. 11 y el art. 13: diez prestaciones mensuales, respetado el tenor del párrafo único del art. 39 de la misma Ley<sup>14</sup>. La referida Ley contempla el mismo lapso de tiempo dictado por la norma constitucional (art. 7º, XVIII, de la CF/88), *in verbis*:

*“Art. 71. O salário-maternidade é devido à assegurada da Previdência Social, durante 120 (cento e vinte) dias, com início no período entre 28 (vinte e oito) dias antes do parto e a data de ocorrência deste, observadas as situações e condições previstas na legislação no que concerne à proteção à maternidade. § 1º O salário-maternidade de que trata este artigo será pago diretamente pela Previdência Social;”*

Es importante acordarse, que hay salvaguarda en lo que dice respecto a la disposición legal transcrita arriba. Resulta que tan sólo es posible efectivizar el pago del ‘salario-maternidad’ a la madre biológica, no siendo permitida la financiación del beneficio a uno más asegurado, en consecuencia, del mismo proceso de adopción o tutela judicial, aunque el matrimonio o la pareja de hecho estén sometidos al Régimen Propio de *Previdência Social*, de acuerdo con el párrafo 2º, del art. 71 de la Ley núm. 8.213/1991. Tampoco es de olvidarse de las salvaguardas contenidas en el art. 71-B aún de la misma Ley<sup>15</sup>.

Respecto al valor de los beneficios tenemos la coexistencia de diferentes reglas que dependerán de la calidad de la asegurada, sin embargo, cumple subrayar *a regra principal de dever de pagamento pela empresa*, efectivándose la compensación, de acuerdo con el art. 248 de la CF/88, en el momento de la recaudación de las cotizaciones que incidan en el coste de la plantilla, así como de

<sup>13</sup> En líneas generales sobre el Derecho antidiscriminatorio brasileño, GARCIA, Gustavo Filipe Barbosa. “Duração, condições do trabalho e discriminação contra a mulher?”. *Curso de Direito do Trabalho*. Rio de Janeiro: Gen/Forense, 2018, pp.1.072-1.076; y, asimismo, IGREJA, Cristiane de Oliveira. “A conformação do mercado de trabalho da mulher e a proteção do trabalho contra práticas discriminatórias”. In: VV.AA. *Transformações no mundo do trabalho e Redesenho Institucional. Trabalho, Instituições e Direitos*. SILVA, Sayonara Grillo Coutinho Leonardo da. (Org.), São Paulo: LTr, 2014.

<sup>14</sup> Párrafo único, del art. 25 de la Ley nº 8.213/1991: “*Em caso de parto antecipado, o período de carência a que se refere o inciso III será reduzido em número de contribuições equivalente ao número de meses em que o parto foi antecipado.*”

<sup>15</sup> Cf. § 2º, do art. 71 e §§ 1º e 2º, do art. 71-B, todas las normas referentes a la Ley nº 8.213/1991: §2º, art. 71: “*Reservado o pagamento do salário-maternidade à mãe biológica e o disposto no art. 71-B, não poderá ser concedido o benefício a mais de um segurado, decorrente do mesmo processo de adoção ou guarda, ainda que os cônjuges ou companheiros estejam submetidos a Regime Próprio de Previdência Social.*”; e §§ 1º e 2º, do art. 71 B: “*No caso de falecimento da segurada ou segurado que fizer jus ao recebimento do salário-maternidade, o benefício será pago, por todo o período ou pelo tempo restante a que teria direito, ao cônjuge ou companheiro sobrevivente que tenha a qualidade de segurado, exceto no caso do falecimento do filho ou de seu abandono, observadas as normas aplicáveis ao salário-maternidade; §1º O pagamento do benefício de que trata o caput deverá ser requerido até o último dia do prazo previsto para o término do salário-maternidade originário; §2º O benefício de que trata o caput será pago diretamente pela Previdência Social durante o período entre a data do óbito e o último dia do término do salário-maternidade originário...*”.

los demás rendimientos pagados o acreditados, bajo cualquier título, a la persona física que le ha prestado servicios, con base en el art. 72, § 1º, de la Ley núm. 8.213/1991. Es relevante observar, que la empresa deberá mantener durante el período de 10 años, los recibos de pagos y las correspondientes prescripciones, a efecto de la fiscalización por parte de la *Previdência Social* (art. 72, § 2º, de la Ley 8.213/1991). Por fin, es debido el ‘salario-maternidad’ a la *trabajadora avulsa* y a la empleada de MEI (*microempreendedor individual*) del que trata el art. 18-A de la Ley complementaria núm. 123, de 14 de diciembre de 2006, dichas prestaciones también serán pagadas por la *Previdência Social*.

Más allá de la Subsección VII de la Ley núm. 8.213/91 destinada al ‘salario-maternidad’ (artículos 71- 73), existen otros preceptos legales contenidos en el Decreto 6.122, de 13 de junio de 2007, alterando el art. 97 del Reglamento de la *Previdência Social* (RPS – Decreto 3.048/1999), de igual sentido. Así, tal reglamento, ha pasado a prever que el ‘salario-maternidad’ también es debido durante el “*período de graça*” (art. 13 do Decreto do RPS), o sea, mientras mantenida la calidad de asegurada, en la condición de desempleada, en los casos de dimisión antes del embarazo, o, durante el embarazo, en las hipótesis de denuncia del contrato de trabajo por ambas las partes, ocurrencias que deben ser cubiertas por la Seguridad Social. Hay interpretaciones extensivas para los casos de despido *indirecto*<sup>16</sup>, extinción de la empresa y cesación del contrato por fuerza mayor.

En la *Consolidação de Leis do Trabalho* (CLT) brasileña también consta un bloque de disposiciones legales relacionadas a la protección de la maternidad, tanto respecto a la *licencia maternidad* (instituto juslaboralista, que supone la suspensión del contrato de trabajo, diferente del ‘salario-maternidad’, instituto propio de la seguridad social) cuanto respecto a los demás beneficios, como por ejemplo, el establecido en el art. 396 da CLT, que prevé el derecho de la madre que vuelve al trabajo, después del período de licencia maternidad – lapso de tiempo de baja cubierto por el ‘salario-maternidad’ – de amamantar a su hijo<sup>17</sup>. En este particular, ponemos de relieve los artículos: 392 y 392-A de la CLT, así como el art. 7, XVIII de la CF/88, que tratan del derecho de la mujer embarazada o lactante, de los períodos de licencia maternidad, así como, de las formalidades exigidas para la concesión de los beneficios correspondientes. En los casos de madres de hijos acometidos por enfermedades transmitidas por el mosquito *Aedes aegypti*, la licencia maternidad será de 180 días, según el art. 18, § 3º, de la Ley núm. 13.301/2016, por lo tanto 180 días de ‘salario-maternidad’.

También son debidos a las madres adoptantes el ‘salario-maternidad’ o las que hayan obtenido la tutela judicial de niños o adolescentes, con base en el art. 392-A, de la CLT, *in verbis*:

*“Art. 392-A. À empregada que adotar ou obtiver guarda judicial para fins de adoção de criança ou adolescente será concedida licença-maternidade nos termos do art. 392 desta Lei.*

Relevante mencionar, que “*a proteção à maternidade e à infância*” es un derecho social previsto en la Constitución Federal (art. 6, de la CF/88). Por eso, habiendo adopción de niños, o adolescentes, por la trabajadora, la misma es equiparable a la condición de madre, con lo cual también es protegida por la legislación. Respecto a los hijos adoptados, destacamos la siguiente norma (art. 227, § 6º, de la CF/88), *in verbis*:

*“Os filhos havidos ou não da relação do casamento, ou por adoção, terão os mesmos direitos e qualificações, proibidas quaisquer designações discriminatórias relativas à filiação”*

Son considerados niños las personas hasta 12 años de edad, y adolescentes aquellas entre 12 y 18 años de edad (art. 2º de la Ley 8.069/1990). A los hombres cabe la concesión del beneficio de la licencia-maternidad en caso de muerte de la progenitora. Por otra parte, es relevante notar que las

<sup>16</sup> El *caput* del artículo 483 de la CLT establece las causas de despido *indirecto*, cuando el empleador deja de cumplir el contrato de trabajo: “*O empregado poderá considerar rescindido o contrato de trabalho e pleitear a devida indenização quando: (...)*”.

<sup>17</sup> Art. 396, de la CLT: “*Para amamentar seu filho, inclusive se advindo de adoção, até que este complete 6 (seis) meses de idade, a mulher terá direito, durante a jornada de trabalho, a 2 (dois) descansos especiais de meia hora cada um. § 1º Quando exigir a saúde do filho, o período de 6 (seis) meses poderá ser dilatado, a critério da autoridade competente. § 2º Os horários dos descansos previstos no caput deste artigo deverão ser definidos em acordo individual entre a mulher e o empregador.*”

empresas pueden afiliarse al “Programa Empresa Cidadã” (Ley núm. 11.770/2008), en este caso la licencia-maternidad será de 60 días y la licencia paternidad de 15 días. Hay otros aspectos con respecto a la licencia-maternidad que deben ser observados, principalmente aquellos que han sido modificados por la Reforma Laboral (Ley núm. 13.467, de 13 de julio de 2017 y vigente desde el 11 de noviembre de 2017), sobre el trabajo de las empleadas embarazadas en local insalubre<sup>18</sup>. Las disposiciones permiten que la embarazada elija un médico del sistema público o privado de salud, y presente una justificación de éste que autorice el trabajo en locales de grados medios y mínimos de insalubridad. En el caso de la lactante, la misma debe presentar atestado médico para darse de baja de las actividades en locales insalubres en cualquier grado.

## II. LA REFORMA LABORAL BRASILEÑA (LEI NÚM. 13.467/2017) Y EL TELEBRAJO

### 1. NOTA SOBRE LA REFORMA LABORAL BRASILEÑA

En acto reciente en el Tribunal Superior del Trabajo (TST), el *Ministro* João Batista Brito Pereira, de origen del Ministerio Público del Trabajo (MPT) y nuevo presidente del TST, ha dejado clara la naturaleza de los peores conflictos que la reforma suscita, cuando dijo: “*Se e quando a lei estiver em conflito com a Constituição, prevalece a Constituição*”<sup>19</sup>. La manifestación por parte del *Ministro* ha hecho eco a todos los comentarios de los operadores del Derecho del Trabajo, que han previsto el inicio de graves problemas a raíz de la acogida del nuevo texto legal por el ordenamiento jurídico pre-existente de la disciplina.

Resumiendo, vamos a observar conflictos de diversas naturalezas, tales como: (i) conflictos entre reglas y principios jurídicos<sup>20</sup>; (ii) conflictos entre distintos principios jurídicos de idéntica jerarquía; (iii) conflictos sobre la constitucionalidad de normas jurídicas; (iv) y conflictos entre las normas heterónomas y las normas autónomas de los instrumentos colectivos de trabajo. El resultado inevitable del amplio debate sobre la legalidad de la reforma laboral es la ausencia de seguridad jurídica<sup>21</sup> que es un elemento fundamental del Estado Social Democrático de Derecho<sup>22</sup>, más allá de constituir un principio estructural del propio ordenamiento jurídico<sup>23</sup>.

<sup>18</sup> Art. 394-A. *Sem prejuízo de sua remuneração, nesta incluído o valor do adicional de insalubridade, a empregada deverá ser afastada de: I. atividades consideradas insalubres em grau máximo, enquanto durar a gestação; II. Atividades consideradas insalubres em grau médio ou mínimo, quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento durante a gestação; III- atividades consideradas insalubres em qualquer grau, quando apresentar atestado de saúde, emitido por médico de confiança da mulher, que recomende o afastamento durante a lactação. §2º Cabe à empresa pagar o adicional de insalubridade à gestante ou à lactante, efetivando-se a compensação, observado o disposto no art. 248 da Constituição Federal, por ocasião do recolhimento das contribuições incidentes sobre a folha de salários e demais rendimentos pagos ou creditados, a qualquer título, à pessoa física que lhe preste serviço. §3º Quando não for possível que a gestante ou a lactante afastada nos termos do caput deste artigo exerça suas atividades em local salubre na empresa, a hipótese será considerada como gravidez de risco e ensejará a percepção de salário-maternidade, nos termos da Lei n. 8.213, de 24 de julho de 1991, durante todo o período de afastamento.”*

<sup>19</sup> Cf. Notícia sobre a reforma trabalhista de NUZZI, V. “Se há conflito, Constituição prevalece sobre a lei, diz novo presidente do TST”, *RB.A*, 26/02/2018. In: [www.redebrasilatual.com.br](http://www.redebrasilatual.com.br), último acesso em 2/02/2018.

<sup>20</sup> AFONSO DA SILVA, Virgílio. “Princípios e regras: mitos e equívocos acerca de uma distinção”. *Revista Latino-Americana de Estudos Constitucionais*, n.1, 2003.

<sup>21</sup> Sobre el tema véase la obra: ÁVILA, H. *Teoria da segurança jurídica*. 4ª ed. São Paulo: Malheiros, 2016, pp. 140-195: “o autor elabora de forma pedagógica a seguinte sistematização sobre o tema: Aspecto material (conteúdo de segurança jurídica) Aspecto objetivo (objeto da segurança jurídica); Aspecto subjetivo (sujeitos da segurança jurídica); Aspecto temporal (segurança jurídica quando?); Aspecto quantitativo (segurança jurídica em que medida?); Aspecto justificativo (segurança jurídica para qué e por qué?)”.

<sup>22</sup> Art. 1º da CF/88: “A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I- a soberania; II- a cidadania; III- a dignidade da pessoa humana; IV- Os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa; V- o pluralismo político”.

<sup>23</sup> En este contexto, tal principio exhibe el siguiente contenido: “1. La posibilidad de conocimiento por parte de los ciudadanos de las normas em virtud de las cuales serán evaluadas jurídicamente sus acciones; 2. La conciencia de que su interpretación del derecho aplicable coincide con la que la propia sociedad asume; 3. La confianza en la efectividad del ordenamiento y, por tanto, em la adhesión al mismo por parte de los ciudadanos y em la aplicación consiguiente de sus normas”, *Ir. VV.AA. Introducción al Derecho Constitucional*. BALAGUER CALLEJÓN, F. (coord.). 3ªed. Madrid: Tecnos, 2014, p. 200.

## 2. EL TELETRABAJO Y TEMAS CRÍTICOS CONEXOS DE SEGURIDAD SOCIAL

La Reforma Laboral (Ley núm. 13.467/2017)<sup>24</sup> ha sido responsable por la reglamentación del teletrabajo en el territorio brasileño, mediante la inserción de los artículos 62, III, y 75-A al 75-E, en la *Consolidação das Leis do Trabalho* (CLT).

En el ordenamiento juslaboralista, han sido disciplinados temas como el concepto de teletrabajo (art. 75-B, de la CLT), alternancia entre regímenes de teletrabajo y trabajo en el establecimiento comercial (art. 75-C, de la CLT), fornecimiento y mantenimiento de equipamientos (art. 75-D, de la CLT), ausencia del control de jornada del teletrabajador (art. 62, III, de la CLT) y, finalmente, la responsabilidad del empleador respecto a la prevención de accidentes y enfermedades laborales (art. 75-E, de la CLT). Especialmente, el último tema es de relevancia práctica para la Seguridad Social brasileña, ante la responsabilidad del Instituto Nacional de Seguridad Social (INSS) en materia de accidentes y enfermedades.

Por supuesto, el hecho del empleado ser contratado en el régimen de teletrabajo en nada altera su condición de asegurado obligatorio del Régimen General de *Previdência Social* (RGPS), en la categoría de empleado (art. 11, I, a, de la Ley núm. 8.213/91). Así, remanece la responsabilidad de la *Previdência Social* por la prestación de eventual beneficio por discapacidad laboral, en virtud de accidente o enfermedad, inherentes o no al trabajo.

Dicha responsabilidad del órgano *previdenciário* es de naturaleza objetiva, regida por la teoría del riesgo integral, por lo tanto, independe de cualquier prueba de culpa, y no puede dejar de ser aplicada por la demostración de fuerza mayor, culpa exclusiva de la víctima o hecho de tercero<sup>25</sup>. Sin embargo, en los casos específicos de accidente o enfermedad en el trabajo, se admite el derecho de regreso, por la autarquía *previdenciária*, respecto al empleador negligente – o sea, es permitido que el INSS demande judicialmente la devolución de valores pagados a título de beneficio cuando demostrar la culpa de la empresa por el accidente o enfermedad laboral (art. 121, Ley n. 8.213/91).

En este supuesto, se encuentra la previsión legal contenida en el nuevo artículo 75-E, de la CLT, relacionada al teletrabajo, *in verbis*:

*“Art. 75-E, da CLT. O empregador deverá instruir os empregados, de maneira expressa e ostensiva, quanto às precauções a tomar a fim de evitar doenças e acidentes de trabalho. Parágrafo único. O empregado deverá assinar termo de responsabilidade comprometendo-se a seguir as instruções fornecidas pelo empregador”.*

La nueva legislación, como se puede observar, contempla expresamente el deber, por parte del empleador, de instruir sus empleados, *“de maneira expressa e ostensiva”*, cuanto a la prevención de riesgos laborales, incluso exigiendo la firma de declaración escrita de responsabilidad por parte del teletrabajador ante el recibo efectivo de tales instrucciones.

La norma tiene como objetivo la prevención de riesgos de accidentes y enfermedades laborales, por parte de la empresa, con la garantía constitucional de inviolabilidad del domicilio (art. 5º, XI, de la CF/88), una vez que el empleador no podría, sin el consentimiento del empleado, entrar en su domicilio (local de trabajo más común de los teletrabajadores brasileños) para fiscalizar el ambiente de trabajo y las condiciones de trabajo presentes (ej. si, son observadas las reglas de ergonomía, seguridad en las instalaciones eléctricas y etc.). Así, la realización de entrenamientos respecto a la seguridad en el trabajo – con la correspondiente firma de declaración de responsabilidad por parte del empleado – tiene la finalidad de suplir la vigilancia *in loco* que debería ser realizada por el empleador, visando a la prevención de accidentes y enfermedades.

<sup>24</sup> Sobre la reforma laboral, *vid.*, VV.AA. *Reforma Trabalhista Ponto a Ponto: Estudos em homenagem ao Professor Luis Eduardo Gunther*. Coord. DALLEGRAVE NETO, J. A. y KAJOTA, E. LTr: São Paulo, 2018. GODINHO DELGADO, M. y NEVES DELGADO, G. *A Reforma Trabalhista no Brasil. Comentários à Lei nº13.467/2017*. LTr: São Paulo, 2017.

<sup>25</sup> MARTINS, Sergio Pinto. *Direito da Seguridade Social*. 37ª ed.. São Paulo: Atlas: 2017, pp. 419 e ss.

No obstante, la gran cuestión que se impone es: serán tales entrenamientos (y respectivos compromisos firmados) suficientes para evitar eventual responsabilidad del empleador<sup>26</sup> con relación a la ocurrencia de accidentes de trabajo, especialmente en demandas enjuiciadas por el INSS?

Por cierto, la simple firma de una declaración de responsabilidad, aunque seguida de efectivo entrenamiento ofrecido por el empleador, no es suficiente para a no configuración de accidentes y enfermedades del teletrabajador y, por ello, la cobertura del órgano *prevenciário* (regida, como visto, por la teoría del riesgo integral).

Por eso, el INSS será involucrado a costear, normalmente, los días de baja del teletrabajador de su empleo, mientras durar su incapacidad. Sin embargo, al enjuiciar demanda em contra de la empresa empleadora, requiriendo la devolución de los valores pagados, podrá ser sorprendido con argumentos de defensa en el sentido de que las instrucciones mencionadas por el art. 75-E, de la CLT han sido debidamente prestadas, incluso con firma del asegurado/empleado en declaración de compromiso prevista por el párrafo único.

Si dicha argumentación defensiva será acogida por el Poder Judicial competente, de manera que la empresa se quede inculpable, sólo el tempo dirá. Es bastante probable que se firme entendimiento jurisprudencial en el sentido de que cabrá a la empresa demostrar la efectiva realización de los entrenamientos, asimismo con la efectiva participación del empleado, para la cesación de la responsabilidad patronal. Pero, la casuística de la materia que probablemente será apreciada por nuestros tribunales aún está marcada por inseguridad jurídica, especialmente por parte de las empresas interesadas en adherir al sistema del teletrabajo.

Una vez más, hacemos hincapié en el hecho de que sólo el tiempo solucionará los aspectos oscuros de la aplicación del articulado del teletrabajo instituido por la Reforma Laboral de noviembre de 2017. De todas formas, apenas por amor al debate, se extiende que el legislador reformista, en el particular tema, ha perdido la oportunidad de guiarse por el artículo 11-A de la Ley núm. 10.593, de 6 de diciembre de 2002<sup>27</sup>, en la cual está prevista la fiscalización de las condiciones de trabajo del hogar mediante cita previa de visita con el empleado (titular del derecho a la inviolabilidad del domicilio) y acompañamiento por el empleador o alguien de su familia. La inteligencia de dicha norma podría, fácilmente, ser aplicada en el régimen de teletrabajo – con todo, quizás deliberadamente, el legislador ha optado por omitirse con relación al tema, dejándolo integralmente a los cuidados de la jurisprudencia que aún se constituirá.

### III. LA SUSTITUCIÓN DE LA CONCESIÓN DE LOS BENEFICIOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL DE LA MUJER POR EL TELERABAJO

El teletrabajo en el actual contexto, por la posibilidad de que sea ejercido en el ámbito del hogar, permite que sea aceptable la afirmación de su condición de *trabajo feminizado*<sup>28</sup>, en el cual se

<sup>26</sup> Cf. BARBOSA GARCIA, Gustavo Filipe. “Responsabilidade civil do empregador e tutela do meio ambiente do trabalho” (pp. 165 y ss); DALLEGRAVE NETO, José Affonso. “Fundamentos para uma adequada aplicação da teoria da responsabilidade civil no Direito do Trabalho” (pp. 17 y ss); CAVALIERE FILHO, Sergio. “A responsabilidade civil nos acidentes de trabalho – Culpa, Risco Criado e Risco integral” (pp. 393 y ss). In: VV.AA. *Responsabilidade Civil nas relações de trabalho. Reflexões atuais. Homenagem ao Professor José Affonso Dallegre Neto*. VILLATORE, Marco Antônio y FORTUNATO GOULART, Rodrigo (Orgs.), São Paulo: LTr, 2015.

<sup>27</sup> Art. 11-A “A verificação pelo Auditor-Fiscal do Trabalho, do cumprimento das normas que regem o trabalho do empregado doméstico, no âmbito do domicílio do empregador, dependerá de agendamento e de entendimento prévios entre a fiscalização e o empregador. §1º A fiscalização deverá ter natureza prioritariamente orientadora. §2º Será observado o critério de dupla visita para lavratura de auto de infração, salvo quando for constatada infração por falta de anotação na Carteira de Trabalho e Previdência Social ou, ainda, na ocorrência de reincidência, fraude, resistência ou embaraço à fiscalização. § 3º Durante a inspeção do trabalho referida no caput, o Auditor-Fiscal do Trabalho far-se-á acompanhar pelo empregador ou por alguém de sua família por este designado.”

<sup>28</sup> Cf. NUNES, Talita Camila Gonçalves. *A precarização no teletrabalho. Escravidão tecnológica e impactos na saúde física e mental do trabalhador*. Belo Horizonte: RTM, 2018, p. 67.



proyecta una discriminación social y, por supuesto, la propia segregación sexual que lo justifica<sup>29</sup>. Por consiguiente, puede desarrollarse en el área de la seguridad social impactos negativos, específicamente de ausencia de efecto útil de algunos de los beneficios que gozan las mujeres, como, por ejemplo, los permisos de maternidad. Observase aún, la utilización de modalidades precarias de contratos de trabajo y, como consecuencia, sueldos más bajos<sup>30</sup>. De esta forma, la sabida experiencia histórica de discriminación legal que ha sufrido la mujer acaba por perpetrarse a la luz del siglo XXI.

Por intermedio del teletrabajo es posible un contacto más estrecho del trabajador con su familia, teniendo en cuenta la realidad brasileña, donde la mayor parte de los teletrabajadores ejercen sus funciones en el ámbito de su hogar. Es común que el trabajador pierda cerca de dos horas o más<sup>31</sup>, en los transportes públicos, para llegar a su local de trabajo, por consiguiente, el tiempo que puede destinar a su familia es reducido. Así, el teletrabajo aparece, en un primer momento, como facilitador de la vida humana, optimizando cuestiones como la movilidad o la necesidad de locomoción del trabajador para ejercer sus funciones en un local concreto. El teletrabajo es caracterizado por esta condición implícita: poder desarrollarse en local distinto del centro de trabajo<sup>32</sup>. En este caso, puede ser realizado en el ambiente familiar u otro cualquier que permita la reunión de condiciones para tal.

Las relaciones en el ámbito del Derecho del Trabajo guardan, por su propia naturaleza, situaciones de presunción de vulnerabilidad en virtud de la hiposuficiencia del trabajador, inherente a la subordinación jurídica/estructural, elemento vital al establecimiento de la relación de empleo. Hay factores, con todo, que van a servir para reafirmar tal premisa, atribuyéndole mayor carga casuística. Con base en esta realidad funcionará el teletrabajo, una vez que, el teletrabajador, aunque desarrolle sus funciones lejos del centro de trabajo, seguirá siendo subordinado a la empresa destinataria de los servicios prestados y, por lo tanto, más vulnerable aún, teniendo en cuenta el aislamiento que sufre en la prestación de este mismo trabajo.

Las relaciones laborales modernas, calcadas en medios informáticos y “*know-how*”, produce amplio y rápido acceso a la información, democratizando las relaciones en muchos espacios de la sociedad. En la misma dirección ha evolucionado la Justicia del Trabajo brasileña, implementando el alargamiento de la competencia procesal material de la misma<sup>33</sup>, para abarcar las relaciones de trabajo *lato sensu*, en las cuales la subordinación jurídica se configura de forma diferente a la clásica.

Con respecto a los beneficios sociales concedidos por la Seguridad Social brasileña, en lo que dice respecto al Régimen General de *Previdência Social* (RGPS), habrá consecuencia inmediata con respecto a la nueva modalidad contractual del teletrabajo, incidiendo, principalmente, en las prestaciones pagadas a las mujeres, que son las que van a adherir en mayor cantidad a esta modalidad. El hecho de que las mujeres sean las preferenciales en el teletrabajo reside en la eterna búsqueda de conciliación de la vida laboral a la vida familiar<sup>34</sup>.

<sup>29</sup> Cf. SIERRA HERNAIZ, Elisa. *Acción Positiva y empleo de la mujer*. Colección Estudios n° 82. Madrid: Consejo Económico Social- CES, 1999, pp. 1-6.

<sup>30</sup> Cf. *Op.cit.*, IGREJA, Cristiane de Oliveira. “A conformação do mercado de trabalho da mulher...”

<sup>31</sup> Cf. NUNES, Talita. *A precarização no teletrabalho...*, *op. cit.*, p. 67: “De acordo com pesquisa sobre mobilidade urbana realizada pelo IBOPE Inteligência em 2016, a população do estado de São Paulo gastou 2h01 por dia para o deslocamento principal -trabalhar, estudando que em 2015 o paulistano da capital gastava 2h38 em congestionamentos, que passou a ser de 2h58 em 2016, o que equivale a um mês e meio parado no trânsito por ano.”

<sup>32</sup> *Ibidem*.

<sup>33</sup> Enmienda Constitucional (EC) n. 45/2004.

<sup>34</sup> NUNES, Talita. *A precarização no teletrabalho...*, *op. cit.*, p.68: “Outra vantagem presente no teletrabalho é a possibilidade de o trabalhador conciliar tarefas domésticas e cuidados com os filhos, mormente para as trabalhadoras do sexo feminino que, via de regra, assumem as responsabilidades relativas aos cuidados com o lar.”; (...) “Com isso, há a possibilidade de levar os filhos à escola e acompanhar nas lições e trabalhos escolares, bem idas ao médico e ao supermercado, ou, em razão de familiares idosos que são acompanhados por cuidadores ou não, torna-se mais fácil a vida do teletrabalhador. A dedicação e atenção antes reduzida ou delegadas a outros familiares ou empregados podem ser equilibradas com o tempo de labor e totalmente assumidas a depender das atribuições que a eles competem no âmbito familiar.”

La sustitución de los beneficios será, muchas veces, ocasionados por el teletrabajo formal o informal, esta es la realidad. Con ello se concreta una erosión en el propio derecho de la asegurada que se ve en situación de exclusión del sistema de seguridad social y de los propios derechos laborales previstos, como el derecho a amamantar o la propia licencia maternidad, incluso a la propia estabilidad provisoria de empleo establecida por ley. A la verificación del caso concreto de sustitución de los beneficios sociales de la mujer por el teletrabajo, se añadirá la precarización de este mismo tipo de trabajo en el mercado laboral<sup>35</sup>.

#### IV. CONCLUSIONES

Relevante poner de manifiesto que los derechos volcados a la Seguridad Social son verdaderas conquistas históricas, alcanzadas por intermedio del esfuerzo y de luchas legítimas. Dichas conquistas emprendidas por clases destituidas de los medios de producción, en situación de mayor vulnerabilidad e inferioridad económica, pasan a constituir o patrimonio jurídico de la sociedad.

El patrimonio jurídico abordado, debe mantener un nivel mínimo civilizatorio, el cual no puede ser objeto de destrucción o retroceso, y sí, de permanente avance. En este sentido, el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, de 1966, promulgado por el Decreto núm. 591/92, determina expresamente la necesidad de *progresividad*, por todos los medios apropiados, del pleno ejercicio de los derechos sociales (art. 2, I).

Por otro lado, es necesario observar, el mandato de la Constitución Federal de Brasil (CF/88) que pone en relieve la prevalencia de los derechos humanos (art. 4º, II, de la CF/88). Tal necesidad, aliada a la actual concepción de los mismos derechos, en lo que dice respecto a la constitución de un sistema universal, crea la seguridad de que todos los derechos fundamentales, incluso los que integran la Seguridad Social, deben ser promocionados y mantenidos, como conquista da civilización. Por fin expresar, que los derechos humanos<sup>36</sup>, ora defendidos, poseen claras características de interdependencia e indivisibilidad, de acuerdo con la Declaración de Viena de 1993, en el ámbito de la II Conferencia Internacional de Derechos Humanos o Conferencia Mundial de los Derechos del Hombre de Viena.

<sup>35</sup> *Ibidem*, p. 153: “É no teletrabalho que os horários de trabalhar e não trabalhar se confundem, assumindo uma forma precária – flexível em contratos de labor não estáveis de durações diversas, nos quais o trabalho imaterial desgasta corpos e cérebros, lançando ao mercado o seu produto às custas de alienação e violação de direitos. E o trabalho imaterial, enquanto não se limita ao trabalho intelectual; ele é entendido como trabalho afetivo, ligado igualmente ao corpo e a mente, produtor de afetos e, por conseguinte, de relações sociais.”

<sup>36</sup> Véase con carácter general: ANDRADE, Fernanda Rodrigues Guimarães. *Direitos Humanos dos trabalhadores: uma análise da Declaração da OIT sobre os Princípios e Direitos Fundamentais no trabalho*. Belo Horizonte: RTM, 2012; y VV.AA.: *El sistema Universal de los Derechos Humanos*. MONEREO PÉREZ, J.L. y MONEREO ATIENZA, C. (Coord.). Granada:Comares, 2014.

# **CAPÍTULO VIII. EL TRABAJO EN PRECARIO E INVISIBLE EN EL ENTORNO FAMILIAR: EL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO A LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA DEL ARTÍCULO 1438 CC EN LOS PROCESOS DE SEPARACIÓN Y DIVORCIO**

BRAIS COLUMBA IGLESIAS OSORIO

*Abogado*

*Profesor Asociado de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de La Laguna*

## **I. SINOPSIS**

Cuando se produce un proceso de nulidad, separación o divorcio, en el régimen de separación de bienes, el Código Civil regula unos sistemas compensatorios a través de los arts. 97 y 1438 para reparar el desequilibrio en el levantamiento de las cargas familiares y la descompensación patrimonial que puede producir la ruptura matrimonial o de la convivencia en uno de los cónyuges o convivientes. El art. 97 CC prevé una pensión o prestación indemnizatoria apreciando la contribución del cónyuge al levantamiento de las cargas familiares antes o después de la disolución del régimen matrimonial, mientras que la compensación económica prevista en el art. 1438 CC se establece solo en función de la dedicación al "trabajo para la casa" realizado con anterioridad a la ruptura matrimonial de forma exclusiva o con mayor intensidad por uno de los cónyuges o convivientes.

En el momento de la disolución del régimen de separación, con cierta frecuencia uno de los convivientes, generalmente la mujer, ha trabajado exclusivamente o con mayor intensidad en el mantenimiento del hogar familiar y en el cuidado de los hijos empobreciendo su propio patrimonio y su progresión profesional. Salvo pacto capitular o acuerdo, el desequilibrio patrimonial que se pueda producir tras la ruptura de la convivencia se restablece por decisión judicial. El juez tendrá que ponderar todos los elementos que pudieran haber incidido en el empobrecimiento del patrimonio de uno de los cónyuges en beneficio del otro, lo que implica un alto grado de arbitrio judicial, dado que la ley no alcanza a regular la inmensa casuística que se da en este ámbito de la ruptura familiar.

## **II. ESTRUCTURAS Y ROLES DE CONVIVENCIA EN EL ÁMBITO FAMILIAR Y DOMÉSTICO**

Se podría decir que no existen casos iguales, por eso el juez deberá actuar ajustando su decisión a la ley pero moldeando su aplicación el caso de autos. Es cierto que existen unos patrones conductuales que pueden resumirse de la forma siguiente: (i) uno de los convivientes incrementa su patrimonio costa del esfuerzo y el trabajo dedicado por el otro a las tareas domésticas y familiares; (ii) uno de los convivientes se dedica con exclusividad o con mayor intensidad a las tareas domésticas compatibilizándolo con un trabajo fuera del hogar por cuenta ajena o como autónomo a tiempo parcial o tiempo completo; (iii) uno de los convivientes se dedica con exclusividad o con mayor intensidad a las tareas domésticas compatibilizándolo con una colaboración en precario en la empresa de titularidad del otro cónyuge o de un familiar de

éste; y (iv) uno de los cónyuges o convivientes tienen bienes participados por mitad, pero uno de ellos se dedica con exclusividad o con mayor intensidad al trabajo para la casa, mientras que el otro se dedica también con mucha mayor intensidad a un trabajo no remunerado en beneficio de los derechos y bienes participados al 50 %.

Es sabido que las previsiones legales del Código Civil disponen de mecanismos legales para que el juez pueda apreciar, en los dos primeros supuestos enunciados en el párrafo anterior, el potencial desequilibrio económico en el levantamiento de las cargas familiares antes y después de la ruptura de la convivencia (art 97 CC) y el desequilibrio patrimonial de uno de los convivientes por haberse dedicado con exclusividad o con mayor intensidad "al trabajo para la casa" (art 1438 CC).

No obstante, cabe preguntarse cómo puede resolver el juez de familia los dos últimos supuestos a los que hacemos referencia en el párrafo precedente. ¿Cómo se determina en los Juzgados de familia la colaboración precaria de un conviviente –en una relación de pareja de hecho– en el negocio de la otra pareja? Es frecuente que los jueces de familia recurran a recursos legales como la previsión del socorro y ayuda mutua para explicar esa colaboración puntual, no regular, ni duradera; pero la realidad demuestra que muchos convivientes suelen trabajar en determinados períodos (fines de semana, períodos vacacionales en negocios de restauración u ocio, etc.) o realizando tareas que no exigen una singular cualificación (atender el teléfono, recoger o realizar pedidos, vg.).

Mientras funciona la relación, toda esta actividad en precario se considera normal, habitual, y se justifica en que el ahorro en la contratación de un tercero proporciona mayores ingresos para sufragar las cargas familiares, las actividades de ocio, etc. Sin embargo, cuando se produce la ruptura de la convivencia, el miembro de la pareja que ha colaborado en precario se encuentra con la pertinaz realidad que ha trabajado en beneficio de su pareja y en perjuicio de su propio patrimonio y progresión profesional.

Cabría pensar, que ahí está a su disposición la ley civil capaz de restablecer el daño causado a su patrimonio y a su integración y progresión en el mercado laboral. Creemos, no obstante, que la los juzgados de familia, aplicando los artículos 97 y 1438 CC, no resuelven con satisfacción supuestos de esta naturaleza. Tampoco creemos que se pueda complementar la decisión del juez de familia accionando una posterior reclamación por enriquecimiento injusto ante el juez de primera instancia ordinario, precisamente porque estos intentos fracasan casi en su totalidad. En cambio, entendemos que una vez resuelto el caso de autos en un juzgado de familia es posible acudir a la jurisdicción social reclamando al otro conviviente un año de salario y cuatro de afiliación a la Seguridad Social. Puede ser que este no sea suficiente remedio para muchos miembros de las parejas de hecho perjudicados, pero al menos es una satisfacción parcial y complementaria de aquella que puedan dar los juzgados de familia.

Del mismo modo, no nos parece que los arts. 97 y 1438 resuelvan todos los supuestos que se plantean respecto a aquellos casos en los que ambos cónyuges o convivientes tienen bienes participados por mitad. En estos casos, ciertamente uno de ellos se dedica con exclusividad o con mayor intensidad "al trabajo para la casa", pero el otro dedica también con exclusividad o con mayor intensidad un trabajo no remunerado en beneficio de los bienes participados al 50 %. Este supuesto es más frecuente en el caso de convivientes que tienen mayor capacitación para actividades manuales adquiridas de su trabajo habitual. Pensemos en aquel profesional que tiene habilidad y experiencia para construir su propia vivienda o anejos, cercar una finca, reparar su vehículo, etc., bienes en los que participa con su cónyuge por mitades. En este caso, es fácil entender que el mayor tiempo dedicado por uno de los convivientes a las tareas del hogar origina una mayor oportunidad de trabajo en el otro cónyuge o conviviente para incrementar el patrimonio participado de ambos. Cabe preguntarse ¿cómo se resuelven estos supuestos cuando se produce la ruptura de la convivencia? ¿Hasta qué punto los juzgados de familia pueden dar la justa satisfacción a ambos convivientes? ¿Acaso no podría plantearse, tras la resolución del juzgado de

familia, una reclamación ante el juzgado de primera instancia ordinario por enriquecimiento injusto?

No se pretende buscar una solución justa peregrinando de juzgado en juzgado, sino buscar un apoyo normativo que sirva al Juez de familia contemplar todas las opciones posibles y dar la correcta solución sin tener que excluirse de juzgar por razón de la materia.

### III. EL DESEQUILIBRIO ENTRE HOMBRES Y MUJERES EN EL LEVANTAMIENTO DE LAS CARGAS FAMILIARES

Los informes de las Encuestas de Calidad de Vida realizada a nivel europeo por la Fundación Europea para la Mejora de las Condiciones de Vida y de Trabajo nos permiten visualizar en cifras el desequilibrio entre hombres y mujeres en el levantamiento de las cargas familiares. En los respectivos informes se da cuenta de la frecuencia y el número de horas dedicadas por hombres y mujeres de más de 18 años al cuidado o educación de hijos, a la realización de labores domésticas o al cuidado de familiares dependientes, etc. Obviamente no podemos establecer un patrón universal y transversal, pues a mayor nivel económico de las familias menor es la carga de las tareas del hogar para la mujer. Asimismo, cuanto mayor es la oferta y el acceso a los servicios externos de cuidados de niños y personas dependientes, menor es el peso de las cargas familiares. Por ejemplo, en el año 2016, sólo el 43,7 % de los niños menores de tres años asistió a centros de cuidado infantil, siendo mucho mayor la asistencia a centros de cuidado infantil de familias con ingresos elevados (62,5 % de los niños), y solo el 26,3 % en las de ingresos bajos<sup>1</sup>.

Si cuantificamos el peso de las cargas familiares en horas semanales en relación a las actividades de cuidados de hijos y tareas del hogar, notamos que, pese a que la mujer se ha incorporado masivamente al mercado laboral, el desequilibrio en la carga de las tareas domésticas entre hombres y mujeres es todavía muy significativo. El Informe del año 2016 de la Encuesta de Condiciones de Vida realizada por el INE nos arroja los siguientes datos. Mientras que los hombres de más de 18 años dedican 23 horas semanales al cuidado y educación de los hijos, las mujeres dedican 38 horas; y respecto a las tareas domésticas (cocina, limpieza, etc.) las mujeres invierten 20 horas a la semana, mientras que los hombres solo 11 horas e igual desproporción se produce en el cuidado de personas dependientes. Es significativo que este desequilibrio no puede justificarse sólo por razón cultural, sino por la diferente dedicación a la actividad profesional de hombres y mujeres, solo así se explica que la proporción de horas a la semana que los abuelos hombres y mujeres (en su mayoría jubilados y ajenos a una actividad profesional) dedican al cuidado de sus nietos es exactamente la misma (16 horas para ambos colectivos<sup>2</sup>).

#### 1. UNA REALIDAD CAMBIANTE Y UNA LEGISLACIÓN ESTÁTICA

Desde los primeros años de vigencia de nuestro ordenamiento constitucional y en cumplimiento del al principio de igualdad entre hombres y mujeres proclamado en el art. 32 CE, el legislador ha buscado fórmulas legales para paliar este desequilibrio en el levantamiento de las cargas familiares mediante la regulación de dos institutos jurídicos que han sido acogidos en el Código Civil. El cónyuge que ha contribuido exclusivamente o con mayor intensidad para "el trabajo de la casa" podrá reclamar la compensación económica, en caso de nulidad, separación o divorcio, por su sobre-aportación a las cargas familiares (art. 1438 Cc) si se hubiere acogido por pacto, o por aplicación normativa, al régimen de separación de bienes. También el legislador ha previsto corregir el desequilibrio en el levantamiento de las cargas por vía de la pensión o prestación compensatoria del cónyuge

<sup>1</sup> Fuente: Encuesta de Condiciones de Vida (ECV) Módulo de Acceso a los Servicios. Año 2016, Instituto nacional de Estadística. Disponible en: [http://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica\\_C&cid=1254736176807&menu=ultiDatos&cidp=1254735976608](http://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=Estadistica_C&cid=1254736176807&menu=ultiDatos&cidp=1254735976608)

<sup>2</sup> *Id.*

beneficiado prevista en el art 97 CC en el caso de disolución del vínculo matrimonial independientemente del régimen de separación o consorcial.

No obstante, en los últimos años ha cambiado la percepción social de que las mujeres tienen que dedicarse con mayor intensidad a las tareas familiares y domésticas. Hasta muy recientemente los hombres, amparados por una legislación permisiva, cumplían con las tareas del hogar aportando su cuota de contribución al levantamiento de las cargas familiares, cuantificaba económicamente por convenio regulador o por sentencia judicial cuando se producía la extinción del régimen matrimonial por nulidad, separación o divorcio. Obviamente, los cónyuges, en cualquiera de sus regímenes, podían pactar la contribución de cada uno a las tareas del hogar. No obstante, en la mayoría de los casos, no existía un pacto capitular, rigiendo la costumbre enraizada en la sociedad históricamente muy gravosa para la esposa.

Aunque no en todos los países se avanza al mismo ritmo, lo cierto es que en el nuestro se han hecho avances significativos en la conciliación entre vida personal y laboral. Si es innegable que en los últimos años se ha conseguido una participación más equilibrada de hombres y mujeres en el mercado laboral, no es menos cierto que las mujeres, además de continuar descompensadas en el ámbito salarial, siguen asumiendo la mayor parte de las cargas familiares y domésticas. Son muchos los factores que inciden en mantener este desequilibrio. Probablemente el componente cultural es el más dañino. La concepción de que la mujer es más hábil para tareas domésticas y el cuidado de hijos y dependientes está tristemente enraizada en nuestra sociedad. El problema es que esta supuesta habilidad y capacitación de la mujer para las tareas del hogar no es remunerada, de suerte que limita su progresión profesional y perpetúa el empobrecimiento de su patrimonio personal, que es especialmente gravoso cuando su vínculo matrimonial está sujeto al régimen de separación de bienes.

Por tanto, el juzgador se encuentra hoy en día ante realidades muy distintas de aquella que dio origen a la regulación de esta institución en el año 1981. Por aquel entonces, el legislador buscaba realmente una regulación que mitigase el detrimento patrimonial de la esposa –a la extinción del régimen de separación– que se dedicaba de forma exclusiva o con mayor intensidad al "trabajo para la casa". Sin embargo, este modelo de convivencia y de reparto de tareas domésticas fue perdiendo entidad. Es indudable que la masiva incorporación de la mujer al mercado de trabajo y los avances legislativos en el ámbito de la conciliación de la vida familiar y laboral inciden positivamente en aminorar el desequilibrio que existía en 1981 en el levantamiento de cargas domésticas y familiares. El propio Tribunal Supremo ha asumido que "con el paso del tiempo, el artículo 1438 ha dejado de tener el sentido que tuvo inicialmente, porque la sociedad ha cambiado a partir de un proceso de individualización y masiva incorporación de la mujer al mercado de trabajo y de un esfuerzo evidente en conciliar la vida familiar y laboral"<sup>3</sup>.

## 2. NUEVOS MODELOS DE CONVIVENCIA

Actualmente los modelos de convivencia dentro de un mismo hogar son muy diversos, de suerte que a la hora de establecer un criterio orientador para el reconocimiento del derecho a percibir la referida compensación el juzgador debe analizar hasta qué punto una relación convivencial, pese al desequilibrio probado en la prestación de servicios y contribución al levantamiento de las cargas del hogar, debe legitimar la pretensión a la compensación prevista en el art. 1438 CC, pues no todas las formas de convivencia irrogan legitimación al reconocimiento del derecho. Por ejemplo, la relación convivencial de ayuda mutua, aquella constituida por personas unidas, con un cierto grado de permanencia, por un vínculo de amistad o por parentesco colateral, que comparten un hogar y ponen en común las tareas domésticas, no valida una legitimidad para obtener una compensación económica por razón del "trabajo para la casa" conforme a la previsión del precepto señalado. Independientemente de que la persona afectada en este tipo de convivencia pueda reclamar enriquecimiento injusto del otro conviviente.

<sup>3</sup> STS, Sala de lo Civil, de 25 de noviembre de 2015 (rec. 4897/2015).

La relación convivencial de pareja no matrimonial es cada vez más frecuente en todos los territorios de nuestro país. ¿Hasta qué punto se puede considerar una convivencia de pareja "estable" equivalente a la convivencia matrimonial?. Obviamente, el legislador del año 1981 pensó en una relación matrimonial, no en vano utiliza la terminología propia de este tipo de relación cuando expresamente y siguiendo el tenor literal del precepto, señala "Los cónyuges contribuirán al sostenimiento de las cargas del matrimonio". Lo cierto es que en nuestro contexto sociológico actual la convivencia como pareja de hecho no ofrece el mismo nivel de fortaleza del vínculo en cuanto que es una relación cuyo compromiso mutuo, duración y estabilidad no proyecta el mismo grado de permanencia que aquel que proporciona la relación matrimonial.

Este tipo de convivencia que se da en los territorios en los que rige el sistema de separación de bienes, no deja de ser problemático en aquellos casos en los que no existe un pacto expreso de contribución al levantamiento de las cargas domésticas y familiares, de suerte que opera, por defecto, la presunción de un tipo de contribución compartida, por mitad, al trabajo para la casa, que sólo el conviviente perjudicado tendrá que probar ante el juez no solo el desequilibrio que alegue, sino también la duración y estabilidad de la relación, tarea siempre difícil si no existe un pacto capitular.

De ahí que desde al año 1981 en el que se reguló esta institución, la sociedad y, en particular, las relaciones de convivencia han experimentado cambios profundos que requieren una actualización. Así que, ante la parálisis normativa, la jurisprudencia fue adaptando su interpretación de la ley vigente a las nuevas realidades. Como criterio general, el derecho a la compensación económica del art. 1438 CC, en un régimen de separación de bienes, requiere la concurrencia de una serie de factores que limitan en muchos casos las opciones de conseguir la indemnización deseada que, por otra parte, está en gran medida sujeta al arbitrio del juez, tanto en el reconocimiento del derecho como la cuantificación de la contribución del cónyuge al "trabajo para la casa".

#### **IV. EL ARTÍCULO 1438 DEL CÓDIGO CIVIL**

##### **1. LOS RECURSOS ECONÓMICOS COMO BASE DE LA CUANTIFICACIÓN ECONÓMICA DE COMPENSACIÓN**

Recordemos que la regulación de del mecanismo compensatorio patrimonial se produce con la Ley de 13 de mayo de 1981 y su estructura normativa encuentra su acomodo en el art. 1438 CC, cuyo tenor literal reza: "Los cónyuges contribuirán al sostenimiento de las cargas del matrimonio. A falta de convenio lo harán proporcionalmente a sus respectivos recursos económicos. El trabajo para la casa será computado como contribución a las cargas y dará derecho a obtener una compensación que el Juez señalará, a falta de acuerdo, a la extinción del régimen de separación".

El principio inspirador de esta norma se sustenta en que el trabajo realizado en las tareas domésticas y familiares durante el período de vida en común produce, en general, un detrimento patrimonial para el cónyuge que se dedica en exclusiva o con mayor intensidad al trabajo de casa en los regímenes de separación de bienes. De modo que, a la extinción del régimen, el cónyuge afectado debería obtener una compensación objetiva, efectiva y proporcional al trabajo realizado en el hogar. Es posible que ambos convivientes acuerden en el pacto capitular o en posteriores convenios durante la vida en común la compensación que proceda. Sin embargo, en muchos casos, bien sea por falta de acuerdo o por discrepancia en la cuantificación del trabajo de casa realizado, se acude al juez para que determine si existe el derecho y, en su caso, determine la cuantía de la compensación.

"El trabajo para la casa" adquiere una dimensión jurídica no solo en cuanto al obligado cumplimiento de ambos cónyuges del deber de contribuir, según lo pactado o de acuerdo a los recursos económicos de cada uno, a las cargas domésticas y familiares, sino también el reconocimiento del derecho a ser compensado económicamente el cónyuge que haya asumido en

mayor medida las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y de otras personas dependientes a su cargo a la extinción del régimen.

La cuantía de la contribución se determinará en función de los recursos económicos de cada cónyuge. Esta determinación del levantamiento de las cargas basada en los recursos económicos o patrimonio personal vino a corregir una práctica judicial consistente en cuantificar las cargas familiares exclusivamente en los beneficios del patrimonio personal (ingresos, rentas, etc.). Por tanto, si el cónyuge que contribuye exclusivamente o con mayor intensidad para el trabajo de la casa carece de recursos, la totalidad del levantamiento de cargas familiares será a cargo del cónyuge deudor y, solo una vez cubiertas las cargas familiares podrá este hacer suyos los ingresos que obtenga (art. 1437 CC). Existe también cierta imprecisión en el contenido que encierra la palabra "recursos", y sobre todo, en los casos en los que tanto un cónyuge como otro pueden tener recursos muy significativos, todavía inexistentes a la hora de la ruptura matrimonial, pero generados en la etapa de convivencia.

Esta previsión legal establecida en el art. 1438 CC se complementa con otras disposiciones que conforman una estructura normativa de protección del cónyuge que carga con un mayor peso en el levantamiento de las cargas domésticas y familiares, entre ellas la que emana de la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, que da una nueva redacción al art. 68 CC al instaurar el deber de ambos cónyuges a "compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y de otras personas dependientes a su cargo". Al mismo tiempo que los arts. 66 y 67 del CC se redactan buscando el objetivo de conseguir una igualdad plena entre los cónyuges en derechos, deberes, y ayuda mutua. Todas estas previsiones normativas emanan del mandato constitucional de que exista una "plena igualdad jurídica" entre los cónyuges proclamada en el art. 32 CE.

## 2. EL OBJETO MATERIAL DEL TRABAJO PARA LA CASA

No es tarea fácil para el juzgador determinar el reconocimiento del derecho y cuantificar económicamente el valor patrimonial descompensado, dado que este tendrá que tener en cuenta muchas variables. Entre ellas, el tiempo de convivencia, el grado de dedicación a los trabajos de casa y el peso de las cargas familiares en la atención de personas dependientes, etc. Repárese que el concepto de cargas familiares incluye un amplio elenco de coberturas de necesidades (habitación, sustento, vestido, educación, etc.) acordes con el nivel social de los convivientes.

Con carácter restrictivo, y no taxativo, es de señalar que el trabajo para la casa, como deber de ambos cónyuges, incluye todo tipo de tareas para el mantenimiento del hogar al nivel social y económico de los convivientes, lo que implica que ambos cónyuges tienen el deber de atender las necesidades básicas y aquellas que puedan considerarse habituales en su entorno social, cuidando y educando a los hijos con los niveles de atención que su estatus social y económico requiere. El cuidado de la casa conlleva realizar asimismo tareas fuera del hogar que están en relación directa con la buena marcha y organización de la casa, como la compra diaria, la compra de ropa o elementos de reparación y bricolaje, acompañar a los hijos al colegio o a las actividades extraescolares, o a los dependientes a centros de salud o a lugares de recreo, la gestión trámites habituales burocráticos que se requiera en cada caso, o la gestión de todos los incidentes imprevistos que puedan surgir en el entorno del hogar<sup>4</sup>. Esta actividad doméstica habitual implica

<sup>4</sup> Vid. DOMENGUE AMER, B.: "El sostenimiento de las cargas familiares en el régimen de separación de bienes", *Revista Jurídica de Navarra*, vol. 15, 1993, pág. 79; MONTÉS PENADES, V.: "Comentario al artículo 1438 CC", en *Comentarios al Código Civil*, Vol. II, Madrid, Ministerio de Justicia, 1993, pág. 850 o PASTOR ÁLVAREZ, M<sup>a</sup> del C.: *El deber de contribución a las cargas familiares constante matrimonio*, Murcia, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Murcia, 1998, pág. 254; GONZÁLEZ DEL POZO, J.J. P.: "La indemnización compensatoria por trabajo para la casa prevista en el artículo 1438 del Código Civil", *Revista del Poder Judicial*, n.º 87, 2008, pág. 140. Con más detalle y con citación de fuentes, vid. VERDERA IZQUIERDO, B.: "Configuración de la compensación económica derivada del trabajo para la casa como correctivo de una desigualdad conyugal", *Derecho Privado y Constitución*, Núm. 27, 2013, p.222.



un esfuerzo humano, un trabajo metódico, una planificación, y todo ello presupone el consumo de tiempo en realizarla, más o menos, dependiendo de las circunstancias de cada caso, lo que hace que sea muchas veces muy gravosa la compatibilidad con un trabajo fuera del hogar, si se acumula en el mismo cónyuge.

### 3. LAS LIMITACIONES EN LA ACOTACIÓN DE UN SUPUESTO TÍPICO O COMÚN

La compleja casuística que puede producirse como consecuencia de la extinción del vínculo matrimonial en régimen de separación de bienes es muy abierta, por eso la ley proporciona al juez una extensa capacidad interpretativa de los hechos. Los supuestos más habituales son aquellos en los que uno de los cónyuges, durante el período de convivencia, se ha dedicado exclusivamente o con mayor intensidad a los trabajos "para la casa" (tareas domésticas y cuidado de los hijos, etc.) con o sin ayuda de terceros. En este caso nos podemos encontrar con que el cónyuge que reclama la compensación económica por sobre-aportación al levantamiento de las cargas familiares tuvo opción a incorporarse al mercado laboral en base a la existencia de demanda de puestos de trabajo de su cualificación profesional. En hogares con ingresos altos es posible que uno de los cónyuges se dedique exclusivamente a la organización y supervisión de las tareas de casa y cuidado de sus hijos con apoyo de personal de servicio y contando con un patrimonio personal muy significativo y alto nivel social que le permite llevar una vida cómoda y sin necesidad de realizar una actividad profesional.

Bien al contrario, especialmente en épocas de crisis, encontramos el cónyuge que se ha dedicado exclusivamente o con mayor intensidad a los trabajos "para la casa" no ha tenido opciones de acceder al mercado laboral por falta de demanda de trabajo en puestos acorde con su cualificación o por carencias en su formación y capacitación profesional. Esas dificultades de acceso a la vida laboral pueden ser fruto de las dificultades organizativas de tipo familiar (cuidado de dependientes, lejanía del centro de trabajo, etc.).

De ahí que la propia ley "delega" en el juez la correcta interpretación de los hechos en cada caso, pues cada uno es diferente y se enmarca en circunstancias personales que difícilmente se repiten en otro caso. Así, en el caso de compatibilidad del trabajo para la casa con una actividad profesional, el juez deberá examinar hasta qué punto la compatibilidad se organiza atendiendo a las necesidades y organización del trabajo en el hogar y demás cargas familiares.

### 4. ÁMBITO TERRITORIAL DE APLICACIÓN DEL ART. 1438

En primer lugar, anotemos que la aplicación del art. 1438 en el ámbito estatal no deja de ser, hasta cierto punto bastante limitada. En general, los ordenamientos civiles de los diferentes territorios en los que rige el régimen de separación suelen tener su propia regulación como es el caso de Cataluña, o aun no teniéndola, como ocurre en las Islas Baleares, no es posible aplicar el art. 1438 en estos territorios porque su ordenamiento se considera suficiente para la regulación del instituto del régimen de separación, de suerte que no cabría la aplicación supletoria del Código Civil. Por otra parte, en la mayoría de los territorios, salvo pacto capitular, rige el sistema consorcial o de gananciales.

En efecto, nos encontramos en que algunos ordenamientos no prevén la compensación patrimonial que se establece en el Código Civil. Por ejemplo, en el ámbito territorial aragonés, el art 195 del Decreto legislativo 1/2011, de 23 de marzo, del Gobierno de Aragón establece la libertad de régimen, aunque a falta de pacto, rige el consorcial, siendo el de separación supletorio de segundo grado. Lo más relevante, en relación a este estudio, es que la Compilación aragonesa no incluye ninguna disposición que haga referencia a la compensación económica, en caso de extinción del régimen de separación, por el mantenimiento y cuidado del hogar y demás tareas

familiares<sup>5</sup>. Por otra parte, la Ley 2/2003, de 12 de febrero, de régimen económico matrimonial y viudedad, que regula esta institución jurídica en los territorios aragoneses frustra la aplicación supletoria del Código Civil en esta materia conforme a su disposición transitoria primera que estipula que "las normas de esta Ley serán aplicables de inmediato, cualquiera que fuere la fecha de celebración del matrimonio".

Sin embargo, bien es cierto que el apartado 2 del art. 1 de la Compilación del Derecho civil de Aragón abre algunas opciones a la aplicación "paccionada" del Código Civil, al menos así lo estimó el TSJA, en su sentencia de 26 de febrero de 2013<sup>6</sup>. La Sala estima la procedencia del recurso presentado por X contra su ex-marido que solicitaba la aplicación supletoria del art. 1438 CC en esta materia, consideración esta que había sido descartada en instancias inferiores. Sostiene el TSJA, entre otros argumentos, que "No pactaron las partes, ni se deduce de los escritos alegatorios o prueba practicada que, dentro de tal regulación y sus consecuencias, fuera excluida en el momento de pacto o después, tácita o expresamente, la aplicación del artículo 1438 del Código". Repárese que esta argumentación no implica, en modo alguno, la aplicación supletoria del art. 1438 CC, sino que lo que deduce la Sala en el FD Quinto, a la luz de los hechos probados, es que los cónyuges pactaron realmente capítulos matrimoniales conforme al régimen de separación de bienes del Código civil, de ahí que el Código Civil sea de aplicación paccionada y no supletoria<sup>7</sup>.

Otro ejemplo de carencias en la regulación específica de la compensación económica del cónyuge que se dedica al trabajo de casa lo hallamos en el Compilación de derecho civil de las Islas Baleares. En Baleares, a falta de pacto, rige el régimen de separación de bienes (art. 67 del Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Compilación del Derecho Civil de las Islas Baleares). En concreto, en los arts. 4.1 y 67.2 se prevé que la contribución al levantamiento de las cargas la harán los cónyuges de acuerdo con lo que hayan pactado, esto es, bien sea por medio del pacto capitular o mediante otros que en el período de la convivencia puedan acordar. En todo caso, en la práctica, pese a la existencia de un régimen de separación de bienes, en la gran mayoría de los casos todos los bienes patrimoniales que adquieren los cónyuges después de iniciar la vida en común los adquieren pro indiviso y partes iguales, de suerte que en síntesis opera el régimen de gananciales. Voces autorizadas consideran que la Compilación de derecho civil de las Islas Baleares, respecto a la regulación del régimen económico matrimonial, es en sí misma "completa" y coherente con Derecho civil propio<sup>8</sup>, por lo que no sería de aplicación supletoria el art. 1438 CC, tal y como se ha pronunciado al respecto el TSJ de Baleares que rechazó su aplicación por entender que el ordenamiento balear es una "regulación completa, armónica y congruente"<sup>9</sup>.

En cambio, otras voces sostienen que la falta de regulación de la compensación económica a la hora de la extinción del régimen de separación, en la Compilación balear "constituye una laguna legal" pues el Parlamento balear no se refirió a la compensación del trabajo para la casa en la ley de reforma de la Compilación de 28 de junio de 1990<sup>10</sup>. No obstante, la Sentencia de 24 de marzo de la Sala Civil y Penal del TSJ de las Islas Baleares sienta doctrina al estimar la procedencia de la compensación económica al cónyuge que sufre el perjuicio patrimonial asumiendo la aplicación

<sup>5</sup> BAYOD LÓPEZ, C.: "La (in)aplicación en Aragón del art. 1438 Cc. (Reflexiones sobre la jurisprudencia del TS en relación al trabajo doméstico)", *InDret*, nº 2, 2016, pp. 1-36.

<sup>6</sup> STSJA de 26 de febrero de 2013 (RJ 2012/278289).

<sup>7</sup> BAYOD LÓPEZ, C.: "La (in)aplicación en Aragón del art. 1438 Cc...", pp. 1-36.

<sup>8</sup> VERDERA IZQUIERDO, B.: "Configuración de la compensación económica...", cit., p. 228). De la misma autora, "La compensación económica por trabajo para la casa en la Compilación de Derecho Civil de las Islas Baleares. Configuración y consecuencias", *Boletín de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears*, Vol. 14, 2013, págs. 259-309.

<sup>9</sup> STSJIB de 3 de septiembre de 1998.

<sup>10</sup> MIJANCOS GURRUCHAGA, L.: "Las reclamaciones económicas por compensación y/o resarcimiento en el proceso de disolución matrimonial de los arts. 97, 1438, 98, 1902 y 1101 CC", *InDret*, nº. 2, 2016, p. 21.

analógica del art. 9.2 de la ley 18/2001, de 19 de diciembre, de Parejas Estables<sup>11</sup>. Entiende la Sala que el cónyuge, en este caso, la esposa, tiene el derecho a la compensación económica por el trabajo de casa, pese a que su dedicación a las tareas domésticas e familiares "no ha sido exhaustiva, pues la familia formada por los litigantes ha dispuesto de servicio doméstico y la accionada ha dedicado una pequeña parte de su tiempo a sus propias ocupaciones laborales".

La regulación más extensa y actualizada de esta institución jurídica se halla en el Derecho catalán. La Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, relativo a la persona y la familia establece el marco jurídico de la compensación económica por razón de trabajo para la casa o para el otro cónyuge, como se señala en su Exposición de Motivos "como correctivo de los efectos nada deseables que en ocasiones produce este régimen". La práctica judicial en Cataluña en relación a esta compensación había generado cierta insatisfacción por las carencias normativas de este instituto y, como consecuencia, se estaba dando un amplio margen al arbitrio judicial para resolver los casos planteados ante la justicia. El mayor problema que la citada Ley 25/2010, de 29 de julio quiso atajar era el de establecer unos elementos o requisitos mínimos para el reconocimiento del derecho y, sobre todo, fijar unos criterios rectores para el cálculo de la compensación.

La ley catalana prescinde definitivamente de la concepción de la compensación como "remedio sustitutorio de un enriquecimiento injusto" y de la fundamentación del modelo compensatorio en la contribución a los gastos familiares. El fundamento de la compensación ha de hallarse exclusivamente "en el desequilibrio que produce entre las economías de los cónyuges el hecho de que uno realice una tarea que no genera excedentes acumulables y el otro realice otra que sí que los genera". Como se desprende del redactado del art. 232-5.1, "si un cónyuge ha trabajado para la casa sustancialmente más que el otro, tiene derecho a una compensación económica por esta dedicación siempre y cuando en el momento de la extinción del régimen por separación, divorcio, nulidad o muerte de uno de los cónyuges o, en su caso, del cese efectivo de la convivencia, el otro haya obtenido un incremento patrimonial superior" Se aligera, de este modo, la pesada carga de la prueba que tenía que soportar el cónyuge acreedor, porque con el nuevo texto de la Ley 25/2010, de 29 de julio, solo se tendrá que probar que aportó más que el otro al trabajo de casa.

Por otra parte, resultaba muy complejo determinar el cómputo del importe de la compensación, que en gran medida quedaba al arbitrio del juzgador. Con la nueva formulación legislativa del art. 232-5.3 de la Ley 25/2010 se calcula el importe ateniéndose al tipo de trabajo prestado en las tareas del hogar, a la duración de esa prestación y el grado de intensidad del trabajo prestado. Obviamente, los elementos sustanciales del cómputo no varían en relación a la normativa anterior, lo que cambia es quien y como se aprecia la relevancia de estos factores computables. En este sentido, la nueva normativa catalana opta por restringir la discrecionalidad del juez en la determinación del peso de estos factores, estableciendo parámetros de medida objetiva limitando la cuantía a la cuarta parte de la diferencia de los incrementos patrimoniales obtenidos por los cónyuges durante el período de convivencia y de la vigencia del régimen. No obstante, aún queda cierto margen discrecional judicial, si el cónyuge acreedor puede probar que su trabajo doméstico y familiar produjo un incremento patrimonial del cónyuge deudor superior al establecido legalmente.

Es novedosa la incorporación a este instituto compensatorio la extinción del régimen de separación por muerte (art. 232-5), dado que el cónyuge superviviente acreedor está legitimado "como derecho personalísimo" para reclamar la compensación económica por razón de trabajo para la casa, siempre que los bienes y derechos que el cónyuge fallecido le haya atribuido en

<sup>11</sup> STSJIB de 24 de marzo de 2010 (2/2010). Con más detalle, vid. MIQUEL MASOT, M.: "Algunas consideraciones sobre la compensación económica del trabajo para la familia y su incidencia en el derecho civil de las Illes Balears", *Boletín de la Academia de Jurisprudencia y Legislación de las Illes Balears*, n° 17, 2016, pp. 701-732.

sucesión testada, o los que le hubieren correspondido en la sucesión intestada, no cubren la cuantía del desequilibrio patrimonial generado.

En la Comunidad Autónoma valenciana, merece la pena hacer mención a la derogada Ley 10/2007, de 20 de marzo, de Régimen Económico Matrimonial Valenciano en vigor hasta el 28 de abril de 2016, fecha en que se declaró su inconstitucionalidad<sup>12</sup>. Esta Ley 10/2007 estaba corrigiendo algunas lagunas legislativas que presenta todavía el art 1438 CC sobre todo en la interpretación extensiva y análogica de la noción jurídica contenida en la expresión "el trabajo para casa", hasta el punto que el antiguo art. 12 llevaba por título "El trabajo para la casa y conceptos asimilados". Son, precisamente, "los conceptos asimilados" los que se quisieron explicitar, de tal modo que se consideraba "el trabajo para la casa" no solo la contribución al levantamiento de las cargas del matrimonio (antiguo art. 12.1), sino también "la atención especial a los hijos, discapacitados y a los ascendientes, que vivan en el hogar familiar o en el suyo propio o en otro establecimiento de acogida, pero en régimen de dependencia económica y asistencial, en su caso, del matrimonio" (antiguo art. 12.2) o "la colaboración no retribuida o insuficientemente retribuida que uno de los cónyuges preste al otro en el ejercicio de su actividad empresarial o profesional" (antiguo art.12.3).

Es muy relevante hacer mención a esta derogada Ley 10/2007 de 20 de marzo de régimen económico matrimonial valenciano, porque está en línea con la matización que introduce el Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 26 de abril de 2017 respecto a su criterio anterior en relación con la interpretación de la expresión "trabajo para la casa" del art 1438 CC. En esta Sentencia se asimila la colaboración del cónyuge en actividades profesionales o negocios familiares del otro en condiciones laborales precarias<sup>13</sup> con el "trabajo para la casa", tal y como ya explicitaba la disposición del antiguo art. 12.3 de la mencionada Ley 10/2007 de 20 de marzo de la Generalitat valenciana.

En todo caso, en el tiempo en que estuvo en vigor la Ley 10/2007 de 20 de marzo existía cierta imprecisión respecto a los criterios para computar la cuantía de la compensación. Se mantenía el carácter discrecional del juez en su valoración tal y como se deducía de la expresión contenida en el antiguo art. 13 de dicha norma cuando señalaba, "sin perjuicio de la ponderación que realice la autoridad judicial". Dicho precepto, preveía, con carácter "orientativo" que se computase (i) el costo de servicios del cónyuge acreedor en el mercado laboral; (ii) los ingresos que el cónyuge acreedor haya podido dejar de obtener en el ejercicio de su profesión u oficio; y (iii) los ingresos obtenidos por el cónyuge deudor o beneficiario del trabajo para la casa en la medida en que su prestación por el otro cónyuge le ha permitido obtenerlos.

En Galicia, rige el régimen económico que se haya pactado en capitulaciones, y en su defecto, la sociedad de gananciales (art. 171 de la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho Civil de Galicia). En todo caso, no es de aplicación el Código Civil. Del mismo modo, en Navarra se da prioridad al pacto de régimen, bien de separación o comunidad universal de bienes. En Navarra tampoco está prevista la compensación económica por parte del cónyuge deudor en razón al trabajo para la casa. El STSJ de Navarra, en Sentencia de 10 de febrero de 2004 (FJ 2) así lo corrobora.

En el País Vasco, conforme a los arts. 93-111 de la Ley 3/1992, de 1 de julio, del Parlamento Vasco, del derecho Civil Foral del País Vasco, rige la libertad de pacto en capitulaciones. A falta de pacto, rige la comunicación foral, sistema por el que los bienes adquiridos o aportados por los cónyuges se hacen comunes. Sin embargo, es relevante que el art. 111 de la citada Ley 3/1992 establece una compensación o pensión sólo en los casos de extinción del régimen de comunicación foral cuando se haya producido un perjuicio económico para el cónyuge que se

<sup>12</sup> La Ley 10/2007 de 20 de marzo de régimen económico matrimonial valenciano fue declarada inconstitucional por regular sobre una materia de la que no se tenía competencia (art. 149.1.8 CE), toda vez que el gobierno valenciano no pudo acreditar que esta institución jurídica había sido previamente recogida por una norma positiva o consuetudinaria antes de la entrada en vigor de la CE. Pues es sabido que la competencia legislativa para la conservación, modificación y desarrollo de los Derechos civiles especiales o forales exige la concurrencia de este requisito.

<sup>13</sup> STS, Pleno de la Sala de lo Civil, de 26 de abril de 2017 (rec. 1370/2016).

dedicó con mayor intensidad al trabajo para la casa, pero solo será resarcible tras sentencia de nulidad, separación o divorcio

## 5. PRINCIPIOS BÁSICOS QUE FUNDAMENTAN EL RECONOCIMIENTO DE LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA DEL ART. 1438

Se ha puesto en cuestión aquella situación en la que el cónyuge que se dedica al trabajo para la casa, lo hace con un cierto contenido acomodaticio. Es posible que existan convivientes que se encuentran cómodos en la prestación de servicios para la casa y rehúyan de enfrentarse a una actividad profesional remunerada por cuenta ajena o como autónomo. Es posible que, a la disolución del régimen de separación, el supuesto cónyuge beneficiario del trabajo para la casa del otro cónyuge pueda probar en sede judicial que el cónyuge que alega esa dedicación tuvo oportunidades para integrarse en el mercado laboral, pero que las rehusó. El amplio margen discrecional del juez podrá ponderar esta circunstancia. No obstante, cabría preguntarse si la decisión de no incorporarse a una actividad profesional estaba motivada porque las ofertas de trabajo no correspondían con su formación o con su nivel social. En este caso difícilmente se pueda hablar de una conducta dolosa conducente a un incumplimiento de las cargas familiares.

En suma, la compensación a la que se refiere el art. 1438 Cc se fundamenta en dos principios básicos, cuales son: (i) la "sobre-aportación" de uno de los cónyuges al levantamiento de las cargas familiares debe ser indemnizado por el otro cónyuge a la extinción del régimen de separación; (ii) esta sobre-aportación conlleva necesariamente un empobrecimiento del cónyuge acreedor que ve frustradas o mermadas sus expectativas de inserción y promoción social y laboral y con limitaciones para incrementar su propio patrimonio, mientras que el cónyuge deudor, liberado del levantamiento de las cargas del hogar, se ha visto beneficiado en la progresión de su actividad profesional y patrimonio.

No obstante, conviene recordar que el Tribunal Supremo entiende que el "derecho a obtener la compensación por haber contribuido uno de los cónyuges a las cargas del matrimonio con trabajo doméstico en el régimen de separación de bienes requiere que habiéndose pactado este régimen, se haya contribuido a las cargas del matrimonio solo con el trabajo realizado para la casa"<sup>14</sup>. Esta interpretación del art. 1438 CC por parte de Tribunal Supremo implica que no es "necesario para obtener la compensación que se haya producido un incremento patrimonial del otro cónyuge"<sup>15</sup>. Esta exigencia del enriquecimiento del cónyuge beneficiado para el reconocimiento del derecho a la compensación ha quedado descartada ya en la Sentencia de 14 de julio de 2011 del Tribunal Supremo.

Por otra parte, entiende el Tribunal Supremo, en relación al requisito de exclusividad del trabajo para la casa, doctrina jurisprudencial asentada, que no puede confundirse los conceptos terminológicos de "exclusivo" y "excluyente", de modo que cuando se exige que la dedicación del cónyuge al trabajo para la casa sea exclusivo, no se quiere decir, ni se puede interpretar como excluyente, entendido este último concepto como "solo con el trabajo realizado para la casa". Por tanto, no se podrá reconocer el derecho a la compensación cuando el cónyuge hubiere compatibilizado el trabajo para la casa con la realización de un trabajo remunerado a tiempo parcial o en jornada completa. Del mismo modo que no se podrá excluir la compensación económica cuando el cónyuge acreedor tenga dedicación exclusiva a las tareas del hogar, aunque ocasionalmente el cónyuge deudor colabore en dichas tareas y incluso cuando aquel reciba ayuda externa de terceros para el trabajo para la casa. Pues como ya se señalaba en la Sentencia del Tribunal Supremo de de 14 de julio de 2011: "El trabajo para la casa no solo es una forma de contribución, sino que constituye también un título para obtener una compensación en el momento de la finalización del régimen".

<sup>14</sup> STS, Sala de lo Civil, de 25 de noviembre de 2015 (rec. 4897/2015).

<sup>15</sup> *Id.*

## 6. LA COMPATIBILIDAD EN LA APLICACIÓN DEL ART. 1438 Y EL ART. 97 DEL CÓDIGO CIVIL

Es de interés también reseñar que en el régimen de consorcio o ganancial, se producen también situaciones de profunda discriminación de uno de los cónyuges, generalmente la esposa, que extinguido el vínculo matrimonial después de una larga convivencia, aquella puede verse abocada a una situación de precariedad absoluta por haber dedicado los mejores años de su vida productiva al cuidado de los hijos y demás cargas familiares. Esta situación es habitual y más dramática en aquellas separaciones en que el patrimonio común es exiguo o inexistente. Así, mientras que el marido pudo haber desarrollado una profesión y progresado social y profesionalmente con capacidad para llevar una vida cómoda con su trabajo estable tras la separación o divorcio, la esposa, sin capacidad formativa profesional alguna y con una edad avanzada para incorporarse con opciones al mercado de trabajo, se ve postergada a la precariedad más absoluta. Obviamente, se podría objetar que en estos casos tampoco el marido podría compensar el trabajo del hogar de su esposa si careciese de patrimonio propio. Por tanto aquella concepción de que cuando se disuelve el vínculo matrimonial sujeto al régimen de gananciales, el cónyuge que haya trabajado para la casa se le compensa con la adjudicación de bienes comunes o con la participación en las ganancias del otro, no siempre funciona porque en multitud de disoluciones matrimoniales, después de años de convivencia, los convivientes no tienen nada que repartir. Es más, la crisis reciente demuestra que lo que única comunicación entre los patrimonios de los cónyuges es la mochila de las deudas.

Así pues, la separación o divorcio puede producir un desequilibrio económico de uno de los cónyuges también a la extinción de un régimen de gananciales. Para estos casos el legislador a previsto un tipo de compensación más abierta en su implementación, dado que puede materializarse en una "una pensión temporal o por tiempo indefinido, o en una prestación única, según se determine en el convenio regulador o en la sentencia" (art. 97 CC). Al igual que en el caso de la compensación económica del art. 1438 CC, la pensión o prestación prevista en el art. 97 CC, a falta de acuerdo de los cónyuges, el juzgador dispone de amplio arbitrio para examinar las circunstancias concretas de cada caso. Pues también, en el caso del art. 97 reseñado, las circunstancias sobre las que debe dirimir el juez no están tasadas, pues pese a que se enumeran ocho circunstancias concretas a tener en cuenta por el juez, se abre la puerta a considerar "cualquier otra circunstancia relevante que el juez considere. Circunstancias a tener en cuenta por el juez: "1.ª Los acuerdos a que hubieran llegado los cónyuges. 2.ª La edad y el estado de salud. 3.ª La cualificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo. 4.ª La dedicación pasada y futura a la familia. 5.ª La colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge. 6.ª La duración del matrimonio y de la convivencia conyugal. 7.ª La pérdida eventual de un derecho de pensión. 8.ª El caudal y los medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge. 9.ª Cualquier otra circunstancia relevante".

Nótese que, en modo alguno, las previsiones del art. 1438 y del art. 97 CC son equivalentes, en el caso de la compensación económica del primero de los preceptos es en síntesis una liquidación de bienes al extinguirse el régimen de separación, mientras que la pensión o prestación del art 97 CC se establece por el empobrecimiento que puede experimentar uno de los cónyuges tras la separación o divorcio por su contribución pasada o futura a la familia. El empobrecimiento ocasionado por la ruptura, probada su existencia, legítima al cónyuge perjudicado a reclamar la pensión y prestación compensatoria independientemente de las aportaciones de los cónyuges a la masa común, pues estas no se liquidan, aunque el juez pueda valorar a la hora de cuantificar la pensión o prestación "el caudal y los medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge".

En suma, la compensación prevista en el art. 1438 del CC por extinción del régimen de separación de bienes busca compensar desequilibrios patrimoniales generados en el pasado y que en el proceso de liquidación deben corregirse, mientras que la pensión o prestación compensatoria

de art 97 CC se dirige a compensar los desequilibrios producidos antes de la ruptura y los que se puedan producir en el futuro como consecuencia de la disolución del vínculo matrimonial.

Ahora bien, en modo alguno podemos entender que la pensión compensatoria del art. 97 CC está pensada exclusivamente para la disolución del régimen de gananciales, mientras que la compensación económica del art. 1438 sólo se prescribe para la extinción del régimen de separación de bienes. Si bien es cierto que la regulación del art. 1438 solo es aplicable al régimen de separación, la previsión legal del art. 97, en cambio es aplicable a ambos regímenes, de suerte que ambos tipos de compensación son totalmente compatibles. Cosa distinta es que el juez las considere compatibles, pues pese a su carácter disponible como pretensiones diferenciadas, se tendrá que justificar las cargas familiares anteriores a la disolución causantes del desequilibrio económico en el momento de la liquidación de bienes, esto es, en el momento de la extinción del régimen, junto con una valoración de las cargas familiares futuras a la disolución del vínculo matrimonial. Además, el tratamiento regulatorio de estas dos instituciones en el CC es totalmente independiente uno de otro, de suerte que a tenor de la literalidad de la norma, la procedencia de uno de estos tipos de compensación no determina la procedencia del otro, ni siquiera puede servir de elemento a tener en cuenta en la resolución judicial. Bien es cierto que si se cumplen los requisitos para el reconocimiento de la compensación económica del art. 1348, al juez no le quedará otra opción, si se solicita, que evaluar la procedencia de la pensión o prestación económica.

Por su parte, la pensión compensatoria tiene un carácter eminentemente reparador e indemnizatorio con el fin de reequilibrar el patrimonio lesionado del ex-cónyuge perjudicado por la separación o el divorcio, de suerte que es exigible incluso por los legítimos herederos del cónyuge acreedor fallecido. De ahí que se diferencie, por ejemplo, de la pensión alimenticia que tiene como fin cubrir una de las necesidades básicas para la subsistencia y que es exigible sin que se haya roto el vínculo matrimonial, pero decae cuando fallece el deudor de la pensión. Existe mayor imprecisión respecto a si la pensión compensatoria puede también reconocerse en base al carácter asistencial recíproco –el deber mutuo de ayuda (art 67 CC) y socorro (art. 69 CC)– que tienen los cónyuges mientras no se rompe el vínculo matrimonial. Sin embargo, ¿hasta qué punto puede exigirse este deber asistencial después de la ruptura matrimonial? En este caso, el juez deberá valorar la posibilidad de una prestación asistencial a un plazo determinado como uno de los medios reparadores e indemnizatorios del desequilibrio patrimonial<sup>16</sup>.

## V. LAS REPERCUSIONES DE LA APLICACIÓN DE LOS ARTS. 1438 Y 97 DEL CÓDIGO CIVIL EN LA COLABORACIÓN EN PRECARIO EN EL NEGOCIO FAMILIAR DEL CONVIVIENTE DEUDOR

Una vez reconocidos los derechos del cónyuge acreedor a percibir la compensación económica en aplicación del art. 1438 y/o la pensión o prestación económica prevista en el art. 97 CC en la sentencia de separación o divorcio, cabría todavía acudir a la jurisdicción social en aquellos casos en los que el conviviente haya colaborado en precario –esporádicamente o de forma

<sup>16</sup> Para una mayor comprensión de la institución de la pensión o prestación compensatoria *vid.* CAMPUZANO TOMÉ. H.: *La pensión por desequilibrio económico en los casos de separación y divorcio*, Barcelona, Librería Bosch, 1986; LALANA DEL CASTILLO, C. E.: *La pensión por desequilibrio en caso de separación o divorcio*, Barcelona, José María Bosch, 1993; ECHEVARRÍA DE RADA, T.: "La pensión compensatoria en los casos de separación y divorcio: algunos aspectos problemáticos derivados de su actual regulación", *Boletín del Ministerio de Justicia*, nº 1950, 2003, pp. 3213-3234; REBOLLEDO VARELA, A. L.: "La compensación económica del art. 97 CC en la ley 15/2005, de 8 de julio". *Aranzadi Civil-Mercantil*, nº 3, 2005, pp. 2347-2367; SÁNCHEZ GONZÁLEZ. Mª P.: *La extinción del derecho a la pensión compensatoria*, Granada, Comares, 2005; RUBIO TORRANO, E.: "El desequilibrio económico en la pensión compensatoria", *Aranzadi Civil-Mercantil*, vol. 1, nº 17, 2011, pp. 17-21 (por citar algunas voces). *Vid.* también sentencias de interés en relación a este tema del Tribunal Supremo: STS de 21 de abril de 1997 (RJ 1997/3434); STS de 10 de febrero de 2005 (RJ 2005/1133); STS de 3 de octubre de 2008 (RJ 2008/7123); STS de 4 de noviembre de 2010 (RJ 2010/8023); STS de 22 de junio de 2011 (RJ 2011/5666); STS de 9 de febrero de 2012 (RJ 2012/2040); STS de 20 junio de 2013 (RJ 2013/4377) o STS de 18 de Marzo de 2014 (RJ 2014/2122), por citar algunas.

regular, pero sin remuneración o infra-remunerado— en el ámbito empresarial de titularidad del cónyuge beneficiario. Es sabido que cuando uno de los cónyuges aporta su fuerza de trabajo y su habilidad profesional al negocio de la titularidad de su pareja o de la familia de éste, aporta asimismo una rentabilidad que se acumula solo en el conviviente titular del negocio cuando se haya pactado, u opere por ley, un régimen de separación de bienes. Además, en este supuesto, a la extinción del régimen, el cónyuge beneficiado lo es por doble vía, esto es, por descarga en el levantamiento de las cargas familiares y por rentabilidad de uno de los factores de producción de su actividad empresarial, cual era la fuerza de trabajo del otro conviviente.

El art. 1438 CC no contempla, como lo hace la Ley 25/2010, de 29 de julio, del libro segundo del Código Civil de Cataluña, el desequilibrio patrimonial del cónyuge acreedor como consecuencia de la colaboración en la actividad profesional del cónyuge beneficiario. De hecho, se descartaron aquellas iniciativas parlamentarias que pretendían su inclusión en el art. 1438. En buena lógica, toda colaboración estable de un cónyuge, en un régimen de separación de bienes, en el negocio del otro cónyuge tiene que tener necesariamente una relación contractual basada en la co-participación de una sociedad mercantil tácita o en un contrato de trabajo por cuenta ajena.

Más compleja es la colaboración desinteresada del cónyuge en el negocio del otro, ejerciendo primero pequeñas tareas, recados, atendiendo teléfono, etc.; tareas que poco a poco se convierten en habituales, se ejercen en sintonía y se complementan hasta que llega el momento de la ruptura. ¿Cómo se compensa ese trabajo no remunerado o insuficientemente remunerado? ¿Es posible acudir a la jurisdicción social, si existen pruebas fehacientes de esa colaboración? El legislador no prevé tal opción en el ámbito de la disolución del vínculo matrimonial, dado que, por ser materia de familia, entiende que el código civil ofrece suficientes mecanismos compensatorios, bien sea a través del art. 97 o del art. 1438, o de su aplicación conjunta, para restablecer el desequilibrio patrimonial del cónyuge afectado.

En el supuesto al que aludimos no cabe una pretensión de compensación económica en razón a lo dispuesto en el art 1438 CC, pues el potencial desequilibrio que se habría producido no podría corregirse aplicando el referido precepto, sino accionando una reclamación por enriquecimiento injusto o acudiendo a la jurisdicción laboral, si es pareja de hecho, reclamando un año de salario y cuatro de afiliación a la Seguridad Social.

Se trata, pues, de dilucidar si la colaboración en precario, estable o esporádica, no retribuida o insuficientemente remunerada, con o sin una cualificación profesional determinada, en la actividad empresarial de titularidad del otro cónyuge o de los progenitores o familiares de este encaja en el art. 1438 CC. Podría acogerla si el trabajo precario realizado por el cónyuge acreedor ahorra al cónyuge deudor el salario de una tercera persona, pues indirectamente está incrementando su patrimonio ahorrando costes salariales y sin la compensación equitativa de otro cónyuge<sup>17</sup>.

Siendo así, la colaboración en precario en actividades profesionales en los negocios de titularidad del otro cónyuge puede asimilarse y considerarse como "trabajo para la casa" a los efectos del reconocimiento de la compensación económica del art. 1438 CC. Esta interpretación extensiva de la colaboración en actividades profesionales o negocios familiares del otro cónyuge vendría a considerarse como una contribución más al sostenimiento de las cargas del matrimonio de forma similar al trabajo en el hogar.

En esta línea, no faltan jueces que defienden la interpretación analógica del art. 1438 para supuestos en los que el cónyuge haya trabajado con mayor dedicación para el cuidado de la casa y los hijos, en su caso, pero, al mismo tiempo, ha desarrollado su actividad colaborando con la actividad profesional o empresarial del otro cónyuge, "aun cuando medie remuneración, sobre todo si esa colaboración se compatibiliza y organiza en atención de las necesidades y organización doméstica y familiar"<sup>18</sup>.

<sup>17</sup> Vid. ALONSO FERNÁNDEZ, J. A.: "La compensación económica por razón de trabajo, en el régimen matrimonial de separación de bienes en Cataluña", *Aranzadi Civil-Mercantil*, n.º 40/2002, p. 10.

<sup>18</sup> *id.*



Se podría entender que no tendría objeto llegar a una interpretación tan extensiva de la ley, en particular del art 1438, pues una colaboración en precario puede subsumirse perfectamente en un tipo de sociedad mercantil tácita. Pero en este caso la reclamación del cónyuge acreedor debería sustanciarse en el juzgado de primera instancia ordinario alegando enriquecimiento injusto del otro cónyuge. En todo caso, para que prospere la compensación bajo la alegación de enriquecimiento injusto deben concurrir un requisito que el TS expresó claramente cuando trató de deslindar el enriquecimiento injusto de la aplicación del art 1438 con este aserto: "el enriquecimiento injustificado supone un aumento patrimonial en uno de los convivientes a costa del otro"<sup>19</sup> y para que funcione en la práctica, debe existir una relación causa-efecto para que se produzca el paralelo empobrecimiento del cónyuge reclamante, que sólo se apreciará si este ha contribuido económicamente "a la adquisición, conservación o mejora de cualquiera de los bienes comunes o privativos del otro". Además dicha contribución la tendrá que haber realizado con su trabajo en el negocio de titularidad del otro cónyuge compatibilizada con la necesaria dedicación en "exclusividad o de forma principal a la realización de trabajo para la familia"<sup>20</sup>.

Cabe preguntarse qué ocurriría, sin embargo, si existe un supuesto claro de explotación y abuso laboral de uno de los cónyuges, o qué ocurriría, por ejemplo, si en el proceso de la colaboración prestada en precario, sin que figure una relación contractual, ni una prestación en régimen de autónomo, el cónyuge colaborador en la actividad profesional del otro cónyuge sufre un accidente en el mismo lugar de trabajo, por tanto fuera del hogar, ¿cómo debería reflejar el accidente en su acta la Inspección de Trabajo, como accidente laboral o doméstico? Difícilmente, se le pueda considerar un accidente doméstico, por mucho que se pretenda realizar una interpretación extensiva del concepto "trabajo para la casa" subsumiendo la colaboración en precario dentro de los supuestos que permiten la compensación económica del art 1438 CC. En estos supuestos, ¿acaso no podría el cónyuge afectado acudir a la jurisdicción social complementando sus acciones a las que le proporciona los arts. 97 y 1438 CC?

## **1. LA MATIZACIÓN EN LA INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL DEL ART. 1438 DEL CÓDIGO CIVIL INTRODUCIDA EN LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 26 DE ABRIL DE 2017**

Hasta recientemente, era criterio jurisprudencial asentado que el reconocimiento de la compensación económica vía art. 1438 CC exigía que la dedicación del cónyuge al trabajo doméstico fuera exclusiva, de suerte que no procedía dicho reconocimiento en aquellos casos en los que el cónyuge que la reclamaba hubiera compatibilizado el cuidado de la casa y de la familia con la realización de un trabajo fuera del hogar, bien fuese a tiempo parcial o en jornada completa. Sin embargo este criterio ya había experimentado una matización, en tanto que la denegación de esta compensación económica se hace no por la realización de un trabajo fuera del hogar, sino por la realización de un trabajo "por cuenta ajena"<sup>21</sup>.

En el hilo argumental de este trabajo interesa hacer referencia a la Sentencia del Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 26 de abril de 2017 que matiza su criterio respecto a la interpretación de la expresión "trabajo para la casa" del art 1438 CC al declarar que la colaboración en actividades profesionales o negocios familiares, en condiciones laborales precarias puede considerarse como trabajo para la casa que da derecho a una compensación, mediante una interpretación de la expresión «trabajo para la casa» contenida en el art. 1438. En este sentido, cabe también introducir un nuevo elemento interpretativo cual es la procedencia de la "ponderación" o porcentaje en la valoración y cuantificación de la compensación económica a la hora de la

<sup>19</sup> STS, Sala de lo Civil, de 12 de septiembre de 2005 (RJ 7841).

<sup>20</sup> STSJ de las Islas Baleares de 24 de marzo de 2010 (JUR 4019).

<sup>21</sup> STS, Sala de lo Civil (nº 136/2017), de 28 de febrero de 2017.

liquidación del régimen económico matrimonial de separación de bienes, cuando el cónyuge temporalmente ha contribuido con su trabajo en la actividad profesional del otro conviviente<sup>22</sup>.

En el caso de autos, en la demanda de divorcio, la esposa solicitaba, en concepto de compensación del art. 1438 CC, una cantidad equivalente al treinta por ciento del patrimonio generado por el esposo constante el matrimonio. Aducía que había contribuido con su trabajo profesional a la generación del patrimonio del esposo durante el período de convivencia y que se había dedicado al cuidado y mantenimiento de las cargas domésticas y familiares, especialmente de los tres hijos en común, dos de ellos con minusvalía (de 97 % y 37 %). Según los hechos probados, la esposa había dejado su trabajo al nacimiento de su 3º hijo con minusvalía y, por cuestiones de conciliación empezó a trabajar en el negocio de su marido. El fallo del Juzgado de instancia estima que no procede la indemnización del art. 1438 del C.C. aduciendo que la esposa en los 14 años de matrimonio no había trabajado exclusivamente "para la casa", dado que hasta el nacimiento de su 3º hijo había trabajado por cuenta ajena y posteriormente en el negocio de su esposo como autónomo – sin derecho a indemnización por despido– por una cantidad de 600 €. La esposa interpuso recurso de apelación alegando que el cuidado del hogar había obstaculizado el desarrollo de su vida profesional, mientras que al liberar a su marido de las cargas familiares este había duplicado su patrimonio. Además, la escasa actividad laboral desempeñada por la recurrente, no tenía suficiente entidad para que no se aplique el art. 1438 CC. La Sección Primera de la Audiencia Provincial de Albacete accede a la aplicación del referido precepto art. 1438 CC la cantidad de 27.000 euros. Fundamenta su decisión en que, pese a que la esposa había compatibilizado las labores domésticas y familiares con el trabajo fuera del hogar y entiende que la dedicación a tiempo parcial como autónoma en la empresa de su marido no impide la aplicación del art. 1438.

El esposo interpuso recurso de casación alegando infracción del art. 1438 CC y aduciendo que el criterio jurisprudencial emanado de las Sentencias del Tribunal Supremo (135/2015, de 26 de marzo, sentencia 16/2014, de 31 de octubre y en la sentencia 534/2011, de 14 de julio) avalaban su pretensión de que no se aplicase el citado precepto. El fiscal, oponiéndose a la casación, solicita que se confirme la sentencia de la Audiencia. Entiende el fiscal, que las sentencias que se invocan como base para la casación no son idénticas. En el caso de autos, la esposa había realizado algunos trabajos fuera del domicilio familiar. La Sala de Apelación ya había diferenciado aquellos períodos en los la esposa había trabajado exclusivamente en el domicilio familiar y en los que había desarrollado actividad externa, y, en consecuencia, había dictado que se le indemnizase por el tiempo con dedicación exclusiva al hogar, como era criterio jurisprudencial de la Sala Primera del TS.

La Sala considera que el caso de autos tiene interés casacional y se toma la decisión de que se pronuncie el Pleno, pues, en este caso está a debate si en la aplicación del art. 1438 CC cabe jurídicamente algún tipo de "ponderación" o porcentaje en la valoración y cuantificación de la compensación económica a la hora de la liquidación del régimen económico matrimonial de separación de bienes, cuando el cónyuge temporalmente ha contribuido con su trabajo en la actividad profesional del otro conviviente. El reconocimiento del derecho a la compensación vía art. 1438 CC, según el criterio jurisprudencial mantenido hasta la fecha de autos, exigía que la dedicación del cónyuge al trabajo del hogar fuese exclusiva, de suerte que cualquier compatibilidad con el trabajo fuera de casa a tiempo parcial o a jornada completa impedía acceder a la referida compensación<sup>23</sup> el cuidado de la casa y familia con la realización de un trabajo fuera del hogar, a tiempo parcial o en jornada completa. Bien es cierto que la Sala Primera del TS consideró en su Sentencia de 28 de febrero de 2017 que la incompatibilidad para denegar la compensación vía art 1438 debía referirse al trabajo para la casa con otro trabajo realizado por cuenta ajena<sup>24</sup>.

<sup>22</sup> STS, Pleno de la Sala de lo Civil (nº 252/2017) de 26 de abril.

<sup>23</sup> Por todas, STS, Sala de lo Civil, de 26 de marzo de 2015 (135/2015).

<sup>24</sup> STS, Sala de lo Civil, de 28 de febrero de 1927 (136/2017).

Como señala la Sentencia de autos, persiste un debate jurídico que la jurisprudencia de la Sala en cuestión no ha resuelto todavía, cual es si procede una interpretación extensiva o analógica del "trabajo para la casa" del art 1438 asimilándolo a la contribución a las cargas familiares realizada por uno de los cónyuges en la actividad profesional del otro por cuenta ajena o como autónomo.

El Pleno adopta la decisión de ajustar el criterio jurisprudencial para la aplicación del art. 1438 en los siguientes términos [...] "esta sala debe declarar que la colaboración en actividades profesionales o negocios familiares, en condiciones laborales precarias puede considerarse como trabajo para la casa que da derecho a una compensación, mediante una interpretación de la expresión «trabajo para la casa» contenida en el art. 1438 CC, dado que con dicho trabajo se atiende principalmente al sostenimiento de las cargas del matrimonio de forma similar al trabajo en el hogar. Con este pronunciamiento, se adapta la jurisprudencia de esta sala, recogida entre otras en sentencias 534/2011 y 135/2015".

Es evidente que resta todavía un alto grado de discrecionalidad judicial, dado que la casuística es inabarcable. Por ejemplo, la Audiencia Provincial de Alicante estimó que cuando el salario del supuesto cónyuge deudor se dedica "íntegramente no sólo a satisfacer las necesidades de la familia [...], sino también a compartir con ésta la titularidad de la vivienda familiar" se contribuyó por igual al sostenimiento de las cargas del matrimonio, por lo que no puede primarse la labor doméstica dado que no se "compadece con el espíritu del artículo 1438 del Código Civil"<sup>25</sup>

## 2. MATIZACIÓN JURISPRUDENCIAL DEL TRIBUNAL SUPREMO RESPECTO AL RECONOCIMIENTO DE LA PENSIÓN COMPENSATORIA

Por lo que respecta a la aplicación del art. 97 CC en relación a la colaboración en actividades profesionales o negocios familiares, en condiciones laborales precarias, el Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 7 de marzo de 2018 resolvió en casación un recurso en el que se debatía el reconocimiento del derecho y la cuantía de la pensión compensatoria a la que tendría derecho la esposa, tras el divorcio, teniendo una relación laboral por cuenta ajena en el negocio familiar de titularidad de su marido. En la demanda de divorcio la esposa solicitaba, en concepto de pensión compensatoria, en aplicación del art 97 CC, la cantidad de 500 € mensuales. La esposa reclamaba también que a la cantidad de 500 euros se le añadiese lo que hubiere dejado de percibir en el caso de que fuera objeto de despido o de reducción salarial, teniendo en cuenta, por otra parte, que su trabajo para la empresa de su marido era su única fuente de ingresos.

En la sentencia del Juzgado de Primera Instancia que declara la disolución de divorcio, se dispone, entre otros pronunciamientos, que "No ha lugar a la fijación de Pensión compensatoria" a cargo de su marido. Recurrída en apelación la sentencia de instancia por parte de la esposa, la Audiencia Provincial de Madrid en la que revoca la disposición de instancia relativa a la pensión compensatoria, de suerte que la citada Audiencia dicta que se establezca "una pensión compensatoria de 500 euros y en caso de pérdida de empleo o reducción de salario, se abonará la cantidad que ésta deje de percibir hasta completar la cantidad que recibía por éste, es decir hasta 1900 euros".

Por su parte, el esposo interpone recurso de casación alegando exclusivamente la vulneración del artículo 97 del Código Civil, y en concreto argumenta que "la apreciación del momento en el que ha de concretarse la existencia de desequilibrio económico" ha de ser el del momento de la separación o del divorcio. En consecuencia, los hechos posteriores no pueden servir de título para al nacimiento de una pensión. El recurrente pretende que se acoja su petición en base al criterio jurisprudencial de la propia Sala, observable en sentencias de la misma de 19 de octubre de 2011<sup>26</sup> y de 18 de marzo de 2014<sup>27</sup>.

<sup>25</sup> La Audiencia Provincial de Alicante, en su Sentencia 296/2016, de 28 de septiembre, de la Sección Cuarta.

<sup>26</sup> STS, Sala de lo Civil (nº 720/2011), 19 de octubre de 2011.

<sup>27</sup> STS, Sala de lo Civil (nº 206/2014), 18 de marzo de 2014.

La Sala desestima el recurso interpuesto confirmando la sentencia de la Audiencia, para ello tiene que desandar parte del camino recorrido. La Sala reconoce que no le faltan argumentos al recurrente para alegar su pretensión toda vez que, por ejemplo, la misma Sala en su Sentencia de 18 de marzo de 2014, revoca la sentencia de la Audiencia por haber estimado la pensión compensatoria *ad futurum* ante una eventual pérdida de empleo en la empresa de su marido. Se recoge, literalmente, el argumento de la Sala primera del Tribunal Supremo en su Sentencia de 28 de marzo de 2014:

"[...] La sentencia recurrida niega que exista desequilibrio económico que fundamenta la pensión compensatoria y sin embargo concede a la esposa de una forma preventiva o condicionada una pensión compensatoria de futuro sin cuantificación económica en razón a una hipotética pérdida de trabajo en la empresa de su esposo tras la ruptura matrimonial, lo que no solo no está previsto en el artículo 97 del Código Civil, sino que contradice la jurisprudencia de esta Sala. Es cierto que la esposa puede quedarse sin trabajo, pero también lo es que puede encontrar un nuevo empleo, y que la sociedad de su marido puede verse también afectada por la crisis económica, colocándole en una situación de desempleo. Situaciones indeseadas pero reales que obligarían a replantear la situación conyugal en unas condiciones distintas. Si ello ocurriera, dice la sentencia de 19 de octubre de 2011, dejando aparte las compensaciones laborales a que en este caso tendría derecho la esposa, el desequilibrio que hipotéticamente podría producirse no tendría lugar como consecuencia del desequilibrio producido por la ruptura matrimonial, sino que vendría provocado por el despido posterior. El desequilibrio que da lugar a la pensión debe existir en el momento de la separación o del divorcio y los sucesos posteriores no pueden dar lugar al nacimiento de una pensión que no se acreditaba cuando ocurrió la crisis matrimonial. A partir de entonces se desvinculan los patrimonios de uno y otro cónyuge a expensas de lo que resulte de la liquidación de la sociedad conyugal y, en su caso, de la modificación o extinción de las medidas que pudieran haberse acordado en el momento del divorcio. Lo demás supone mantener tras la ruptura una vinculación económica entre cónyuges distinta de la que la ley autoriza, y, propiciar, en definitiva, una suerte de problemas añadidos y en ningún caso deseables[...]"

Una vez reflejada su posición anterior y los argumentos jurídicos sobre los que se asentaba su criterio, el Pleno de la Sala Primera del Tribunal de 7 de marzo de 2018 considera "necesario mitigar el carácter general de dicha doctrina en cuanto a la apreciación de la situación de desequilibrio existente en casos tan especiales como el presente, en el cual los únicos ingresos de la esposa proceden del trabajo que actualmente desempeña en una empresa regida por el esposo".

En este supuesto específico, en el que el cónyuge (la esposa) solo tiene los ingresos que percibe del trabajo que presta en la empresa del otro cónyuge, entiende la Sala que existe base jurídica para reconocer el derecho a la pensión compensatoria *ad futurum*, pese a la desvinculación de los patrimonios de ambos tras la liquidación de la sociedad conyugal.

En primer lugar, la Sala se centra en determinar si, en el supuesto de autos, existe el requisito base genérico para el reconocimiento del derecho a la pensión compensatoria, cual es el desequilibrio patrimonial generado en uno de los cónyuges tras la ruptura matrimonial. Al respecto sostiene la Sala que la "pensión compensatoria es un derecho personal que la ley reconoce al cónyuge al que la separación o el divorcio produce un empeoramiento en la situación económica que gozaba durante el matrimonio, colocándole en posición de inferioridad frente a la que resulta para el otro consorte". No obstante, prosigue la Sala que el reconocimiento del derecho surge como consecuencia de un detrimento o descenso "del nivel de vida que se mantenía durante la convivencia", independientemente de la situación económica o de mayor o menor de necesidad del cónyuge acreedor. Tampoco la pensión compensatoria puede "entenderse como un derecho de nivelación o de indiscriminada igualación".

## VI. CONCLUSIÓN

Hemos pretendido introducirnos en la aplicación del art. 1438 y 97 del CC y, en particular, como afecta su aplicación en aquellos casos en los que uno de los cónyuges sobre-aporta a los

trabajos para la casa y, además, colabora en precario en el ámbito empresarial del otro cónyuge. La cuestión no es menor porque el cónyuge acreedor se podría encontrar con que tiene que accionar tres tipos de reclamación ante tres juzgados distintos para reequilibrar su patrimonio en caso de disolución del vínculo matrimonial por nulidad, separación o divorcio. Está abocado a acudir al Juzgado de Familia para obtener la compensación económica vía art. 1438. Por otra parte, si no es compatible la reclamación de la pensión o prestación económica, independientemente del régimen matrimonial, prevista en el art. 97, tendría que accionar la reclamación por enriquecimiento injusto del cónyuge beneficiario acudiendo a un juzgado de primera instancia ordinario. Finalmente, si se demostrase su colaboración "profesional" relativamente estable en la actividad laboral del negocio de titularidad del cónyuge beneficiado o de su familiares, tendría que acudir a los juzgados de lo social reclamando un año de salario y cuatro de afiliación a la Seguridad Social.

No obstante, como ya se ha señalado, el Tribunal Supremo trata de reconvertir la situación sin llegar a la necesidad de que se tenga que acudir ni a los juzgados ordinarios ni a la jurisdicción social. En tal sentido, interpreta que en la aplicación del art. 1438 CC no se requiere la exigencia de un enriquecimiento del cónyuge deudor para el reconocimiento del derecho a la compensación, dado que es suficiente título para el reconocimiento el trabajo para la casa realizado con exclusividad aunque no con exclusión del otro cónyuge o de terceras personas. Recordemos que, a diferencia del ordenamiento civil catalán que reconoce el derecho por la aportación "sustancial" – no exclusiva– en las tareas domésticas y familiares o por el simple incremento patrimonial del cónyuge deudor; o a diferencia de la previsión del art. 12 de la Ley de la Comunidad Autónoma de Valencia, ya mencionada, aunque ahora derogada. En esta Ley se reconocía el derecho a la compensación económica en razón del "trabajo para la casa", interpretado éste en un sentido amplio, en la medida en que lo sería también "la colaboración no retributiva o insuficientemente retribuida" del cónyuge acreedor en la actividad empresarial o profesional de titularidad del cónyuge beneficiado. Sin embargo, el art. 1438 habrá que interpretarlo en sus justos términos tal y como está redactado. Esto es, la dedicación exclusiva –no excluyente– a las tareas del hogar es título suficiente para el reconocimiento del derecho.



# CAPÍTULO IX. COLECTIVOS MARGINADOS OBJETO DE LA TUTELA DEL ORDENAMIENTO JURIDICO-SOCIAL

CARLOS JOSÉ MARTÍNEZ MATEO

*Doctor en Ciencias Jurídicas  
Universidad de Granada*

## I. INTRODUCCIÓN

El tratamiento legislativo que está sufriendo la inmigración, así como las políticas públicas en esta materia, están generando la aparición de varios grupos marginales íntimamente relacionados, tales son: la familia, los mayores, las personas con discapacidad, y la mujer como eje vertebrador de los hogares, debido al escaso acierto de dicha gestión.

Las lagunas y las restricciones legislativas que sufren estos colectivos, están permitiendo que estos grupos sufran las consecuencias de la exclusión social por el hecho de ser inmigrantes y reunificar a sus familiares. En este escenario, estos colectivos y sus familias, deben ser objeto de una protección jurídica más eficaz y equitativa a través de una mayor tutela de sus derechos para luchar contra la desigualdad.

Dentro de este grupo, los inmigrantes que sufren una mayor situación de desprotección y desigualdad tanto en el tratamiento de las políticas migratorias como en el plano legal (en atención a su lugar de procedencia), son los mayores o gerontoinmigrantes. Éstos no conforman todavía un tejido social significativo ni son objeto de un estudio exhaustivo, pero como tales existen y necesitan integrarse en un tejido social más solidario que les permita protegerse frente a su evidente dependencia.

Otro grupo vulnerable, e íntimamente relacionado con la familia, es el conformado por las personas con discapacidad, o aquellas que dentro del seno familiar deciden iniciar un proceso migratorio por reagrupación (de manera legal o no). En esta situación la persona con discapacidad, ya sea hijo, hermano, madre, padre del inmigrado, sufre también situaciones de vulnerabilidad, como veremos más adelante (aunque en España cuente para determinados casos con una red de apoyo para desenvolverse).

Finalmente, el último colectivo es el de las mujeres, nexo de la unión y soporte del grupo familiar que sufren una doble discriminación tanto por el hecho de ser mujer como por venir de un país extranjero. Estas causas conllevan a la marginación laboral y deben ser objeto de una tutela más eficaz basada en la igualdad efectiva y en la equidad por parte del ordenamiento jurídico-social.

Todos estos casos, pueden dar lugar a situaciones de desamparo cargadas de matices en cuanto a si se posee o no una red familiar de apoyo, si se está o no en situación regular o si es una discapacidad adquirida en el proceso migratorio o antes del mismo.

A partir de estos referentes teóricos, podemos sumergirnos en la realidad empírica, para ver en qué medida influyen o no estas dimensiones analizadas en la integración de las personas inmigrantes en España. Con su estudio, comprobaremos que se hará necesario un compromiso del legislador en aras a reforzar nuestra regulación y líneas de actuación pública para lograr una inmigración legal, ordenada, vinculada al empleo y respetuosa con los valores y libertades europeos de los que gozamos en España.

## II. EL RETO DE LA GERONTO INMIGRACION

Para nuestro objeto de estudio, tratando de acotarlo de la manera más precisa posible, definimos al inmigrante en nuestro país como todo aquél que ha llegado a España procedente de un país distinto con el fin de establecerse como residente de forma más o menos permanente. Tal como se señaló anteriormente, existe un colectivo de estas personas que son de avanzada edad o GIC, que tienen varias motivaciones para tomar la decisión de cambiar de residencia y fijarla en países como España, con carácter permanente o bien de forma compartida con la de su lugar de procedencia y que pueden acabar siendo marginados de la sociedad.

Entre otros aspectos, el hecho de que, a un país envejecido, se le sumen los pensionistas que deciden pasar la última etapa de su vida en nuestras costas e islas, es un elemento que potencialmente puede agravar la apremiante demanda de una cobertura integral de las situaciones de dependencia. No es un fenómeno nuevo en absoluto, pero sí lo es el que puedan obtener una cobertura por dependencia en España<sup>1</sup>

### 1. FACTORES DE ATRACCION DE LOS CUIDADANOS COMUNITARIOS

Las razones de llegada de este colectivo, no están ocasionadas por la búsqueda de oportunidades económicas o laborales, sino por la consecución de una mejor calidad de vida, lo que los lleva a localizarse en zonas geográficas con climas benignos. Se trata, pues, utilizando los términos anglosajones, de una amenity led migration, de una leisure oriented migration o, como recoge Benson y O'Reilly en el título de su libro (2009), de una lifestyle migration<sup>2</sup>.

#### A) Clima, ambiente y turismo sanitario

Los factores de atracción que conlleva a que estos mayores se decidan por cambiar de país vienen dados por un aumento de la esperanza de vida, el descenso de la edad legal de jubilación en sus países de procedencia y el incremento de la riqueza. En cierta medida para muchos mayores comunitarios, el principal motivo personal para fijar la residencia en España se debe al clima templado del país, el entorno natural y la ganancia en calidad de vida y el estilo de vida español que cabría resumirse como una forma de vida más sosegada y eficaz que la existente en sus países de origen.

Existen otros factores de atracción adicionales como el coste de vida, uno de los elementos más atractivos en la movilidad de retirados; las condiciones favorables para, en su caso, el restablecimiento de problemas de salud, en su mayor parte relacionados con artrosis cuya recuperación depende en gran medida de unos servicios médicos de calidad y sanidad pública.

No todos los factores pesan lo mismo ni son constantes pues su importancia pues existe en cada mayor un conjunto de razones que ayudan a entender el atractivo de los lugares que han devenido de retiro, de hecho, cerca del 69 por ciento de los GIC digan estar muy satisfechos con su decisión de trasladarse a vivir en España<sup>3</sup>.

Existen otros factores de atracción adicionales tales como la existencia de equipamientos para el tiempo libre (ideales para la etapa de jubilación), la facilidad de acceso a los lugares de residencia y a las residencias propiamente dichas, el coste de vida, y finalmente y el más controvertido el que ha provocado la falsa alarma a la opinión pública: "las condiciones favorables para, en su caso, el

<sup>1</sup> Véase. MALDONADO MOLINA, J.A.; *La protección de la dependencia en la seguridad social comunitaria*. Noticias de la Unión Europea, ISSN 1133-8660, N° 319, 2011, págs. 67-77

<sup>2</sup> Los migrantes de "estilo de vida" comparten en común la búsqueda de "la buena vida" inexistente en sus países de origen. Se sienten atraídos por lo que describen como la vida sosegada, un coste de vida más barato, bajos precios de las propiedades, un clima saludable, libertad de las presiones de la vida moderna y un fuerte sentido de comunidad. Véase. En este sentido BENSON, M. and O'REILLY, K. 2009. *Migration and the search for a better way of life: a critical exploration of lifestyle migration*, Sociological Review, 57(4): p.608-625.

<sup>3</sup> Véase. DURÁN MUÑOZ, R.: "Atractivo de España para los jubilados europeos: del turismo a la gerontoinmigración". Panorama Social N° 16. 2º Semestre 2012, p.159



restablecimiento de problemas de salud”. Llegados a este punto, sometamos a un breve análisis sobre el verdadero uso que dan los ciudadanos comunitarios al sistema de salud pública español, pues como mayores presentan en su mayor parte problemas relacionados con dolores articulares etc cuya recuperación depende en gran medida de unos servicios médicos de calidad y sanidad pública).

La presunta explosión del gasto sanitario provocado por la trashumancia de pacientes a la búsqueda del mejor y más rápido tratamiento, es practicado por algunos europeos para recibir en otras latitudes tratamientos médicos a la carta. Este aspecto, trajo una gran polémica que cristalizó con la entrada en vigor en octubre de 2013 de la directiva europea 2015/2302<sup>4</sup>.

La norma ha introducido un sistema de autorización previa para aquellos que requiriesen una hospitalización de, al menos, una noche; para los tratamientos más especializados y caros; y para los casos graves en que el traslado del paciente estuviese relacionado claramente con la búsqueda de una mejor calidad.

## 2. FACTORES DE ATRACCIÓN DE LOS CUIDADANOS NO COMUNITARIOS

Estos ciudadanos de países extracomunitarios son el colectivo más desprotegido, y no deberían sufrir las situaciones de exclusión que están viviendo los inmigrantes laborales ya jubilados en otros países; era el caso de los españoles hace ya una década<sup>5</sup>. Este colectivo viene a España para reagruparse con sus familiares y obtener una mejora de su calidad de vida, no tienen pretensiones laborales; y guardan vínculos jurídicos, políticos, culturales, y económicos con diferentes Estados. Estos colectivos, aunque ya existentes, no conforman todavía un tejido social significativo ni son objeto de estudio. Faltan aún 15 ó 20 años para ello, pero llegará su momento. Aflorará entonces una población envejecida y extranjera acreedora de derechos frente a la administración pública, y es de esperar que integrada en un tejido social que le permita protegerse frente a su posible dependencia y, en general, frente a la vulnerabilidad<sup>6</sup>

## III. INMIGRACIÓN Y LA PROTECCION SOCIAL DE LA FAMILIA, SUS MAYORES Y LAS PERSONAS CON DISCAPACIDAD

En este escenario de inmigración, existen tres colectivos intimamente relacionados, que deben ser objeto de protección social a través de una mayor tutela jurídica para luchar contra la desigualdad y la creación de nuevos colectivos marginales, es decir: la familia, los Mayores y las personas con discapacidad

### 1. LA FAMILIA

Nuestra sociedad ha evolucionado en los últimos años y con ella las necesidades que tiene hoy la familia en nuestro país, así como las nuevas realidades que en numerosos casos se aprecian en muchas de esas familias en España.

La familia, desempeña en nuestra sociedad un respaldo de seguridad y de solidaridad que ha salvado a muchas personas de situaciones de pobreza y desamparo. La vida en familia es un derecho fundamental, esta es la razón por la que el apartado primero del artículo 39 de la CE declara que los poderes públicos deben asegurar la protección de la familia. Por ello, se reconoce el derecho a los residentes legalmente en España a reagrupar a sus familias.

<sup>4</sup> Directiva (UE) 2015/2302 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2015 relativa a los viajes combinados y a los servicios de viaje vinculados, por la que se modifican el Reglamento (CE) no 2006/2004 y la Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo y por la que se deroga la Directiva 90/314/CEE del Consejo

<sup>5</sup> MARTÍNEZ, U.: “Situaciones de exclusión de los emigrantes españoles ancianos en Europa” (FACEEF et al; París, 2000).

<sup>6</sup> Vid. ECHEZARRETA FERRER, M.T: *La gerontoinmigración española*. Boletín OEG de Investigación, nº 0, abril de 2011. <http://www.gerontomigracion.uma.es>

En esta línea, este hecho ha dado lugar a la ya tratada “gerontoinmigración por reagrupación”, un fenómeno entendido como la persona mayor que, independientemente de su nacionalidad o lugar de nacimiento, se establece en España de forma permanente o cuasi permanente procedente del extranjero. Este colectivo de mayores como se ha visto, no es homogéneo, son ciudadanos con una carga cultural diversa, conformada por los ascendientes (extranjeros) de españoles o de extranjeros comunitarios o de terceros Estados residentes en España.

En rigor, por el término “residentes” se entienden aquellas personas que permanezcan en territorio español por un tiempo superior a tres meses<sup>7</sup>, debiendo solicitar personalmente ante la Oficina de Extranjeros de la provincia donde pretendan permanecer o fijar su residencia su inscripción en el Registro Central de Extranjeros<sup>8</sup>. Pero no es infrecuente que un comunitario pase largas temporadas en España manteniendo la residencia en sus países de origen (sobre todo los originarios del centro y norte de Europa), por motivos fiscales, para soslayar normas de tráfico o las más variadas razones<sup>9</sup>.

El derecho a la reagrupación de los familiares tanto ascendientes como conyuge o descendientes, es un fenómeno que cada día ve más limitado su ejercicio, pues no se impulsa en todo lo posible la política de familia ni se potencian todos aquellos servicios, medidas y políticas sociales que favorezcan a las familias y ofrezcan un entorno favorable y positivo en el que se puedan difundir los valores que representan.

A nivel legal, a prueba más evidente de este fracaso viene dado por la existencia de varios ejemplos relevantes muy particulares de este hecho que analizaremos a continuación.

#### A) La dificultad de los reagrupantes extranjeros frente a los comunitarios

Las semejanzas de ambas tarjetas son evidentes, en el sentido de que permiten a un residente en España obtener a su vez la residencia para determinados familiares. No obstante, hay diferencias fundamentales que vale la pena aclarar.

El signo distintivo que conlleva poseer la Tarjeta de familiar comunitario o la de reagrupación familiar encuentra su nota en la nacionalidad del reagrupante que la demande para su familia:

##### *a) Reagrupante español/ ciudadano ue*

Si el reagrupante es español o ciudadano de un país de la Unión Europea, del Espacio Común Europeo o de Suiza, se encontrará dentro del régimen comunitario, es decir, tendrá derecho a solicitar la tarjeta de residencia de familiar regulada en el Art. 3.3 del Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados

<sup>7</sup> Arts. 7 y 8 RD 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo.

<sup>8</sup> Para MADONADO MOLINA, J.A, muy acertadamente, esta norma (exigible a partir de 1 de abril de 2007), fue motivada por la necesidad de controlar la entrada de inmigrantes de los nuevos Estados miembros de la Unión.

<sup>9</sup> El Real Instituto Elcano hace referencia a varias circunstancias que determinan esta realidad, indicando que “según cálculos de diferentes Embajadas en España, más de la mitad de sus nacionales residiendo aquí de forma habitual no se empadronan” (GONZÁLEZ ENRÍQUEZ, C., “Los otros inmigrantes: los europeos comunitarios de países ricos”, Documento de Trabajo núm. 37/2008, de 7 de agosto de 2008). Según este estudio, dentro del grupo de extranjeros nacidos en países de la UE-14, el porcentaje de irregularidad es muy desigual: los portugueses se registran en su casi totalidad, mientras que más del 40 % de los alemanes y el 39 % de los británicos empadronados no está registrado en el Ministerio del Interior. Así, en enero de 2008, había 165.529 alemanes empadronados y sólo 95.415 con permiso de residencia. Los británicos, por su parte, concentraban 206.000 tarjetas de residencia frente a 334.000 empadronados, lo que implica que el 39 % se encontraban en una situación “irregular”. Y si comparamos esta cifra con el millón de británicos que el Foreign Office del Reino Unido calcula que poseen una vivienda en España y pasan aquí temporadas cada año, o los 17 millones de visitas al año de ciudadanos británicos a España, comprobaremos que resulta una misión imposible, con las fuentes actuales, conocer el número de residentes. Lo mismo ocurre con los alemanes: frente a esa cifra en el Padrón de 165.000, las fuentes alemanas calculan que la realidad se encuentra entre 500.000 y 800.000.

miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo<sup>10</sup>.

### b) Reagrupante extranjero

En cambio, si el reagrupante posee un permiso de residencia en España y es ciudadano de un país extracomunitario, pertenece al régimen general de extranjería, es decir debe solicitar una reagrupación familiar, según lo establecido por la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero<sup>11</sup>, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

### B) Diferencias entre los beneficiarios según el lugar de origen

Dentro del sistema comunitario, los beneficiarios del permiso de residencia son los familiares del ciudadano español o comunitario, es decir:

- Los padres del ciudadano comunitario o de su cónyuge o pareja de hecho, que vivan a su cargo.
- El cónyuge o pareja de hecho.
- Los hijos del ciudadano comunitario o de su cónyuge o pareja de hecho que sean menores de 21 años o estén incapacitados o mayores de 21 años que vivan a su cargo.
- Mayores restricciones existen bajo el régimen general de extranjería, en cuanto a cuáles son los familiares reagrupables:
- Los ascendientes en primer grado del reagrupante y de su cónyuge (o pareja de hecho) cuando estén a su cargo, sean mayores de sesenta y cinco años y existan razones que justifiquen la necesidad de autorizar su residencia en España.
- El cónyuge (o la pareja de hecho).
- Los hijos menores de 18 años del reagrupante o su cónyuge (o pareja de hecho), o mayores de esa edad sólo si son incapacitados.

### C) Las condiciones legales de reagrupación

- Para reagrupar un familiar conforme al régimen general de extranjería, hacen falta dos condiciones:
  - 1º. Que el reagrupante debe haber residido en España legalmente al menos durante un año (salvo si el familiar es un ascendiente, en cuyo caso son 5 años).
  - 2º. Que el familiar reagrupable no puede estar viviendo en España sino en su país de origen.
- En el caso de la tarjeta de familiar comunitario estos dos requisitos no se exigen, pues basta que el ciudadano comunitario haya tramitado su registro de ciudadano de la unión para que el familiar pueda pedir la tarjeta, y de hecho debe estar en España (sin que importe si está en forma regular o irregular), pues ésta se tramita en forma personal ante la oficina de extranjería de la provincia donde esté residiendo.

<sup>10</sup> Véase Real Decreto 240/2007, de 16 de febrero, sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la Unión Europea y de otros Estados parte en el Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo. «BOE» núm. 51, de 28 de febrero de 2007.

<sup>11</sup> Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social. «BOE» núm. 10, de 12/01/2000

#### D) Otras diferencias: los recursos económicos y la vigencia

Para obtener la tarjeta de residencia de familiar comunitario, las condiciones que solicita la ley para obtenerla son menos estrictas, por ejemplo, establece como requisito que el reagrupante cuente con recursos económicos (aunque sean muy escasos) para su sostenimiento y el de su familia, como ejemplo, tan sólo es suficiente que posea un contrato de trabajo, tenga ciertas rentas o demuestre que es autónomo. Además, si vive con pareja y dos hijos en este caso debe contar con un seguro médico.

- Las condiciones se endurecen notablemente por el régimen general de extranjería, pues para la reagrupación familiar el reagrupante debe demostrar que dispone de una vivienda adecuada, además y sea cual sea su situación laboral, debe justificar los siguientes ingresos:

- 1) Se exigirá una cantidad que represente mensualmente el 150 % del IPREM (799 euros mensuales) en aquellos supuestos de unidades familiares que incluyan, computando al reagrupante y al llegar a España la persona reagrupada, dos miembros.
- 2) En caso de unidades familiares que incluyan, al llegar a España la persona reagrupada, a más de dos personas, será requisito ineludible disponer de una cantidad que represente mensualmente el 50 % del IPREM por cada miembro adicional (267 euros mensuales).

En cuanto a la duración, la tarjeta de familiar comunitario inicial tiene una vigencia de 5 años, y las renovaciones (o tarjeta de residencia permanente), de 10.

Respecto a la duración del permiso de residencia del familiar reagrupado conforme al régimen general de extranjería, tienen la misma vigencia que la del reagrupante (si éste ha obtenido la primera renovación de su permiso de residencia, tendría una vigencia de 2 años, por ejemplo).

Todas estas desigualdades, marcadas por el trato desigual a los desiguales, se reduce a la circunstancia de ser o no ciudadano comunitario. Estas condiciones no son sino fruto del cierre de las fronteras de los Estados al individuo no nacional que viene a trabajar y a las familias, pues impiden seguir avanzando en la protección social, jurídica y económica de la misma.

La familia posee un papel esencial como elemento de cohesión social y red de solidaridad, especialmente demostrado durante el periodo de crisis económica en España, por ello, el Estado Social no debería ser restrictivo sustituyendo al individuo o a la familia sino el que le diese soporte removiendo aquellos obstáculos que dificulten el ejercicio de sus derechos y libertades.

## 2. PERSONAS MAYORES

Existe otro colectivo que está ligado a las familias, guardando una íntima relación y dependencia de ellas, se trata de los ascendientes (extranjeros) de inmigrantes laborales en España no comunitarios. Estas personas mayores son una parte importante de la sociedad en términos cuantitativos (8.400.000 habitantes en España son mayores de 65 años), pero también desde el valor de lo que son, de lo que representan y de lo que aportan.

Estos colectivos, son fuertemente contenidos por la normativa de extranjería, que exige acreditar suficientes recursos tanto de apoyo familiar, social y económico como de aseguramiento privado, que garanticen los cuidados médicos y asistenciales para afrontar la fragilidad y la vulnerabilidad que puedan acompañar el proceso de envejecimiento. De aquí que en su mayoría sean colectivos no registrados y, por tanto, fuertemente vulnerables e invisibles en cuanto al diseño de las políticas públicas.

Como se ha visto anteriormente, el derecho a la reagrupación de los familiares mayores extranjeros, es un fenómeno que cada día ve más limitado su ejercicio. De hecho, éstos quedan excluidos de la sanidad pública, y privada, por motivos de la edad, pues un mayor número de personas mayores y a menudo con enfermedades no pueden por razones administrativas ir a centros de salud ni tampoco pueden contar con seguros privados, porque las compañías no

suscriben pólizas a ancianos enfermos. En este sentido, los inmigrantes reagrupados que solicitan la tarjeta sanitaria son denunciados a Extranjería por la Seguridad Social para ser expulsados.

A estas madres y padres, el INSS les niega la tarjeta sanitaria por el hecho de ser procedentes de países de fuera de la UE, y haber llegado a España para vivir con sus hijos y familiares quienes llevan ya años residiendo en este país o que incluso cuentan con la nacionalidad española. Este tipo de decisiones por parte del INSS no son errores puntuales, sino que es una parte más del entramado jurídico, social y sanitario, que sólo sirve para generar sufrimiento.

La normativa española de extranjería, Ley 4/2000, recoge el derecho de las personas extranjeras residentes legalmente en España a reagrupar a sus familiares, pero no siempre las condiciones generales exigidas para ejercer ese derecho son fáciles. Esta Reagrupación Familiar, consiste en una autorización de residencia temporal que se concede a los familiares de los extranjeros residentes en España, en virtud del derecho a la reagrupación familiar.

A) El sexenio de la ausencia del derecho a la protección de la salud y a la atención sanitaria universal por razones de nacionalidad

El derogado Real Decreto-ley 16/2012<sup>12</sup>, permitió superar un vacío normativo<sup>13</sup> que ponía en riesgo la sostenibilidad del Sistema Nacional de Salud, al completar el marco normativo vigente y establecer un régimen jurídico más adecuado que permitiese definir los supuestos de acceso al derecho a la asistencia sanitaria pública, a través de las figuras del asegurado y del beneficiario, y regulando un mecanismo de reconocimiento de dicha condición que resulte de aplicación tanto a los españoles como a los ciudadanos de otras nacionalidades.

Este cometido, promovió que en España y durante seis años, en el acceso al sistema de salud público<sup>14</sup>, se creasen entornos de persecución por utilizar la sanidad pública, causando situaciones de vulnerabilidad para un sector de la población mayor como son los ascendientes extranjeros reagrupados legalmente por familiares con residencia legal en nuestro país.

En este sexenio, la denegación de la tarjeta sanitaria por parte del INSS a los mayores que no disponían de seguro médico era un hecho. Además, como práctica automática comunicaba a Extranjería para que revisase sus expedientes (permisos) tras denegarles el acceso a la sanidad pública.

El anterior Real Decreto Ley 16/2012, afectó a un gran número de reagrupados (dentro de los 50 mil extracomunitarios mayores de 65 años), dejándolos en total desprotección con la respuesta de la Seguridad Social. Las aseguradoras privadas no los aceptan como clientes, dada su avanzada edad, y el convenio que creó el Ministerio de Sanidad como 'seguro público' solo podía solicitarse pasado un año de residencia, dejando a este colectivo en un limbo. Se daba la contradicción de que, si hubieran seguido estando en situación irregular, en algunas comunidades tendrían tarjeta sanitaria. La carencia de informaron para las familias al solicitar la reagrupación les privó (con esta medida legislativa) de asistencia<sup>15</sup>.

Una de las razones que llevaron a la elaboración de este derogado Real Decreto, han venido dadas para evitar el turismo sanitario.

Según los últimos datos aportados por el Instituto para el Desarrollo e Integración de la Sanidad (IDIS)<sup>15</sup>, España se ha convertido en el sexto destino médico europeo y octavo mundial.

<sup>12</sup> Véase Decreto-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, (BOE número 98, de 24 de abril de 2012).

<sup>13</sup> Véase exposición de motivos del Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto, por el que se regula la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud.

<sup>14</sup> Este lapso temporal ha venido comprendido desde la entrada en vigor de la derogada reforma sanitaria de 2012, hasta la entrada la publicación del Real Decreto-ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud.

<sup>15</sup> Véase: <https://www.fundacionidis.com/>

Según los datos, se cifra en un 20 % el crecimiento anual del llamado turismo de salud en nuestro país, previéndose para este 2018 unos 140.000 extranjeros<sup>16</sup> para someterse a tratamientos o intervenciones en algún centro clínico privado. Si las expectativas se cumplen, las visitas de estos pacientes dejarán para 2020 unos ingresos cercanos a los mil millones de euros. En 2014, esa facturación apenas alcanzaba los 322 millones.

Por ello, y a tenor de las consecuencias, el derogado Real Decreto resultó ser un instrumento de escasa utilidad, que generó desconocimiento dejando fuera a colectivos muy vulnerables”. El medio que aplicó Extranjería para extinguir las tarjetas de residencia a los ancianos reagrupados, tenía un carácter abusivo pues se basaba en un procedimiento de extinción, que es más corto y menos complejo que el de la declaración de lesividad.

No siempre las autoridades, tienen la obligación de delatar a los extranjeros con posibles irregularidades en su situación administrativa. Cuando se anunció la creación de un documento especial para el acceso a la atención primaria de los inmigrantes sin papeles, Sanidad aseguró que no se informaría al Ministerio del Interior sobre el estatus legal de estas personas.

Entre los cientos de miles de personas que perdieron durante estos seis años, el acceso a la tarjeta sanitaria, las denuncias públicas provenían de dos grupos: los inmigrantes sin permiso de residencia y los españoles que salían más de 90 días consecutivos del país. En la estacada se quedaron también, aunque sin tanta visibilidad, los ascendientes reagrupados legalmente, que no trabajan ni cotizan en el país.

## B) Los afectados de esta problemática: los mayores y las familias

Los afectados fueron, en general, personas mayores, es decir, los padres de trabajadores extranjeros que emigraron a España para trabajar, regularizaron su situación y que después trajeron a sus familias. Éstos pidieron la residencia por reagrupación familiar y la obtuvieron después de la aprobación del citado Decreto. Los ancianos reagrupados no podían contar con un seguro, porque no fue posible soportarlo económicamente, y sin asistencia pública porque se les denegó.

Las consecuencias que trajo este decreto fueron lesivas, pues marcó la tendencia del Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS) de dictar resoluciones denegatorias del derecho a la asistencia sanitaria. Pues aun reconociendo la residencia al ciudadano extranjero, argumentaba que “las personas extranjeras que con posterioridad al 24 de abril de 2012 que solicitasen la inscripción en el Registro Central de Extranjería o el correspondiente permiso de residencia, no tendrían derecho a la asistencia sanitaria con cargo al Sistema Nacional de Salud”.

Las familias, recurrieron a esa primera resolución denegatoria, donde por error, se abrió la posibilidad de solicitar la inclusión al afectado como beneficiario en la Tarjeta Sanitaria del descendiente. Posteriormente, en una segunda resolución el INSS solía insistir en la denegación del derecho, y la posibilidad de que el hijo/a le diesen cobertura, acogiéndose a otra normativa, el real decreto 1192/2012<sup>17</sup>.

Este real decreto derivado de una normativa ya derogada, procede, por tanto, a regular la condición de persona asegurada y de beneficiaria de ésta a efectos del derecho a la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud, y “excluye a los ascendientes”.

Así las cosas, los residentes legales en España, se veían sin derecho a asistencia sanitaria, pues los argumentos que esgrima el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS<sup>18</sup>), se justificaban en lo establecido en la disposición final quinta de la Ley 16/2012 de medidas urgentes para la sostenibilidad del sistema sanitario. Dicha Ley, supuso un antes y un después en la asistencia

<sup>16</sup> Datos obtenidos de: <https://spaincares.com>

<sup>17</sup> Real Decreto 1192/2012, de 3 de agosto, por el que se regula la condición de asegurado y de beneficiario a efectos de la asistencia sanitaria en España, con cargo a fondos públicos, a través del Sistema Nacional de Salud.

<sup>18</sup> Es el responsable de declarar quién tiene derecho a ser asegurado o beneficiario

sanitaria española: Por un lado, estableció que por primera vez los jubilados iban a pagar por sus medicinas, y por otro, avanzó copagos en prótesis y ambulancias, entre otros.

También fue un hecho significativo que diese marcha atrás a los últimos intentos de universalización de la asistencia sanitaria al limitar el acceso a los inmigrantes en situación irregular. Un ejemplo vino dado con la modificación del real decreto 240/2007 sobre entrada, libre circulación y residencia en España de ciudadanos de los Estados miembros de la UE.

Dicho precepto señala que, un ciudadano de la UE (los extranjeros nacionalizados españoles lo son), tiene derecho de residencia superior a tres meses si “dispone para sí y los miembros de su familia de recursos suficientes para no convertirse en una carga para la asistencia social en España durante su periodo de residencia, así como de un seguro de enfermedad que cubra todos los riesgos”.

Una orden posterior, de julio de 2012, dictó normas para aplicar el artículo 7 del RD 240/2007. Y señala que las personas que no ejerzan actividad laboral deberán aportar “seguro de enfermedad”.

En contraposición, tanto los jueces como tribunales hasta la fecha, (Tribunales Superiores de Justicia de Castilla y León, Madrid, Cantabria y Cataluña) dieron la razón a las pretensiones de las familias de estos colectivos: los afectados tenían derecho a la tarjeta sanitaria mientras estuviesen en vigor sus permisos de residencia. El INSS no podía excluirlos por un seguro que les deberían haber pedido pero que nadie les requirió. En todo caso, la Administración siempre recurre hasta el Tribunal Supremo, sin presentar recurso ante el fallo por temor a que se cree jurisprudencia.

Por otra parte, el INSS, no era competente para valorar con efectos jurídicos los requisitos de las autorizaciones de residencia ya concedidas y dejar a las mismas, de hecho, sin efecto, en la materia sometida a su consideración, la asistencia sanitaria”.

Es por ello que, en numerosas ocasiones, bajo el amparo de este derogado Real Decreto Ley de 2012, el Instituto no realizase en esta materia interpretaciones correctas, pues la obligación de tener un seguro médico privado para poder acceder al permiso de residencia no era la opción adecuada para que el inmigrante anciano mayor se convierta en una carga para el Estado al otorgársele el derecho del actor/a a la asistencia sanitaria con cargo al Sistema Nacional de Salud como asegurado/a.

Actualmente, el fin de esta problemática ha venido con el Real Decreto-ley 7/2018, de 27 de julio, sobre el acceso universal al Sistema Nacional de Salud, pues representa un cambio de modelo en la atención sanitaria en España.

La titularidad del derecho a la asistencia en el Sistema Nacional de Salud se basa en la condición de ciudadanía y su reconocimiento se desliga, por tanto, de la condición de asegurado<sup>19</sup>. De este modo, el acceso a la atención sanitaria tiene lugar en condiciones de equidad y de universalidad siendo un derecho básico de toda persona. Esta nueva disposición, pone fin a la inseguridad jurídica que afectó tanto a las personas que precisaban de atención sanitaria como a los profesionales que prestan ese servicio público, así como a las Administraciones que en su día las aprobaron.

### **3. LA DISCAPACIDAD COMO ELEMENTO DE DIGNIDAD Y AUTONOMÍA PERSONAL**

Otro colectivo que está íntimamente ligado a la familia y debe ser estudiado para evitar su exclusión social son los inmigrantes discapacitados. Atender y afrontar con rigurosidad todas las nuevas necesidades y realidades que trae consigo el fenómeno de la inmigración, es un reto dentro del ordenamiento jurídico vigente, pues se hará necesario ofrecer un apoyo específico a las familias

<sup>19</sup> Véase [http://www.imsero.es/imsero\\_01/actualidad/2018/julio/index.htm](http://www.imsero.es/imsero_01/actualidad/2018/julio/index.htm)

con hijos con discapacidad o enfermedades raras, elaborando un mapa de recursos que permita a estas familias conocer los diferentes recursos disponibles.

Por el término “inmigrantes”, se entiende a todas aquellas personas que hayan realizado un proceso migratorio hacia nuestro país para residir en él de manera estable. En este sentido, también se incluyen a los hijos que éstos hayan tenido dentro del territorio español, pues dentro del núcleo familiar los descendientes son parte de un proceso migratorio.

Con respecto a la discapacidad, adoptamos la definición que establece la Organización Mundial de la Salud en la Clasificación Internacional del Funcionamiento de la Discapacidad y de la Salud (CIF), que engloba tanto deficiencias, como limitaciones en la actividad y restricciones en la participación y que tiene en cuenta también los factores contextuales (barreras y obstáculos) que ejercen un efecto sobre la discapacidad (OMS, 2001).

“En los años futuros, la discapacidad será un motivo de preocupación aún mayor, pues su prevalencia está aumentando. Ello se debe a que la población está envejeciendo y el riesgo de discapacidad es superior entre los adultos mayores, y también al aumento mundial de enfermedades crónicas tales como la diabetes, las enfermedades cardiovasculares, el cáncer y los trastornos de la salud mental<sup>20</sup>”.

Inmigración y discapacidad son dos factores de exclusión social cuya combinación puede acentuar más este fenómeno, ello se debe a que las personas con discapacidad tienen mayores dificultades de salud, peores resultados académicos, y unas tasas de pobreza más altas que las personas sin discapacidad, por lo que el colectivo que sufra estas dos circunstancias se encontrará en una situación de vulnerabilidad especial.

#### A) Diferentes situaciones de vulnerabilidad

En primer lugar, estarían aquellos inmigrantes que a medida que van consolidando su asentamiento en España donde, por ejemplo, deciden realizar la reagrupación familiar (de manera legal o no). En esta situación vendría la persona con discapacidad, ya sea hijo, hermano, madre, padre del inmigrado, y que en España cuenta con una red de apoyo para desenvolverse.

En segundo lugar, aunque de forma menos común, pueden darse supuestos en los que el inmigrante haya adquirido su discapacidad tras asentarse en el país de destino, con dos posibilidades principales:

- Que el inmigrante ocupe empleos muy precarios o carentes de medidas de seguridad, lo que conlleva cierta peligrosidad. En este sentido, el aumento del riesgo a adquirir una discapacidad asociada a un accidente laboral, es notable. También es posible que debido a la ausencia de contrato ni seguros sociales no tengan garantizado pensión o indemnización por el accidente.

Otra situación que pondría a este colectivo en situaciones de mayor vulnerabilidad sería que el núcleo familiar percibiese una única fuente de ingresos muy deficiente por parte del cabeza de familia o miembro, lo que les ubicaría en una situación de vulnerabilidad mayor. Este problema se agudizaría si el inmigrante se encuentra en situación irregular.

- También adquirida y partiendo de un enfoque “micro”, psicosocial, pueden darse los casos de inmigrantes que, debido a las situaciones de vulnerabilidad del proceso migratorio, han experimentado el denominado síndrome de Ulises, que se caracteriza por un trastorno de estrés específico. Se asocia con las múltiples experiencias de duelo a las que se enfrentan estas personas, así como con las dificultades que deben superar para adaptarse al nuevo contexto<sup>21</sup>. Los síntomas de soledad, sentimiento de fracaso, lucha por la supervivencia, miedo y fobias. Si éste se prolonga y se recrudecen las condiciones de exclusión, puede originar en última instancia trastornos mentales, que probablemente les sitúen en una posición de mayor vulnerabilidad

<sup>20</sup> Véase: *Informe mundial sobre la discapacidad*. OMS. [http://www.who.int/disabilities/world\\_report/2011/es/](http://www.who.int/disabilities/world_report/2011/es/)

<sup>21</sup> Vid. FIGUEROBA, A. *El Síndrome de Ulises: El estrés crónico en personas inmigrantes* <https://psicologiamente.net/clinica/sindrome-de-ulises>



Por último, también hay que tener en cuenta otra posible trayectoria la de aquellos menores con discapacidad que han nacido en España pero que son hijos de inmigrantes, lo que puede implicar pautas culturales distintas a la hora de concebir la discapacidad y, quizás, dificultades para acceder a los servicios de atención a la misma<sup>22</sup>.

Partiendo de lo expuesto, procederemos a analizar la realidad normativa, para observar en qué medida influye la norma en la integración de las personas inmigrantes con discapacidad en España.

## B) Tratamiento del inmigrante con discapacidad en la legislación

A la hora de disfrutar de determinados derechos sociales en igualdad de condiciones que los ciudadanos nacionales, se procederá a analizar la esfera de protección jurídico-legal del inmigrante con grado de discapacidad. En este sentido, en la esfera de la Ley 4/2000 de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, vamos a detallar cómo es tratado este aspecto en España, tanto en la legislación como en las políticas públicas a nivel estatal como autonómicas en materia de inmigración y cómo su aplicación puede afectar a la atención y a la integración de las personas con discapacidad.

En nuestro país, existen situaciones marcadas por un gran vacío legal, en este sentido, cuando el inmigrante se encuentra en una situación irregular, dicha circunstancia dificulta que, la persona pueda de alguna forma acceder a los recursos y servicios de atención valoración y diagnóstico de la discapacidad, tanto del ámbito público como privado a no ser que tengan residencia legal<sup>23</sup>

De acuerdo con la ley, las principales limitaciones jurídicas en las que se pueden encontrar las personas inmigrantes con discapacidad para acceder a servicios y recursos de atención social y sanitaria son:

–Derecho a la asistencia sanitaria<sup>24</sup>, es decir, si el inmigrante carece de residencia legal en España, no podrá acceder a los recursos especializados de atención sanitaria para personas con discapacidad, siempre y cuando el individuo no contraiga una enfermedad grave o accidente. Y sólo si tiene una inscripción en el Padrón podrá acceder, de acuerdo al artículo 12.1., a la asistencia sanitaria básica.

–Derecho a la Seguridad Social y a los servicios sociales<sup>25</sup>, sólo las personas extranjeras con residencia legal tendrán acceso a los recursos y servicios de la Seguridad Social y a los servicios sociales en igualdad de condiciones que los españoles.

Por esta razón, no podrán acceder a la valoración correspondiente para la obtención del certificado de reconocimiento de su discapacidad hasta que no hayan adquirido la residencia legal. Por lo tanto, no podrán ser reconocidas oficialmente como personas con discapacidad.

– Derecho a las prestaciones contributivas y no contributivas de la Seguridad Social: Por extensión del artículo anterior, los inmigrantes sin residencia legal y aquellos residentes legales que no acrediten más de cinco años de residencia legal en España de los cuales dos han de ser los inmediatamente anteriores a la solicitud, no podrán acceder a pensiones de carácter contributivo o no contributivo por invalidez. Por lo tanto, el requisito de residencia es imprescindible para acceder a las prestaciones de la Seguridad Social, de conformidad con los preceptos de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de Enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

<sup>22</sup> En este sentido vid. DÍAZ VELÁZQUEZ. E, y AAVV.: *Las personas inmigrantes con discapacidad en España*. Documentos del observatorio permanente de la inmigración en: [http://extranjeros.empleo.gob.es/es/ObservatorioPermanenteInmigracion/Publicaciones/fichas/archivos/Las\\_personas\\_inmigrantes\\_con\\_discapacidad\\_en\\_España.pdf](http://extranjeros.empleo.gob.es/es/ObservatorioPermanenteInmigracion/Publicaciones/fichas/archivos/Las_personas_inmigrantes_con_discapacidad_en_España.pdf)

<sup>23</sup> El segundo párrafo del Art 14.2 señala expresamente que “...en cualquier caso, los extranjeros con discapacidad, menores de dieciocho años, que tengan su domicilio habitual en España, tendrán derecho a recibir el tratamiento, servicios y cuidados especiales que exija su estado físico o psíquico”. Véase Art. 14.2 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social.

<sup>24</sup> Vid. Art. 12 de la Ley Orgánica 4/2000

<sup>25</sup> Véase Art. 14 de la Ley Orgánica 4/2000

– Los menores de 18 años con discapacidad podrán acceder a las prestaciones sociales y sanitarias, aunque no posean la residencia legal en el territorio español<sup>26</sup>. En la práctica real, la ley general es interpretada de manera diferente en una comunidad y en otra, incluso en numerosas ocasiones, los servicios sanitarios (dependiendo de cada comunidad autónoma) suelen presentar una resistencia administrativa para atender a los menores dándole a los padres que llevan a sus hijos al centro de salud, una hoja informando que “según la ley de extranjería 4/2000 Art. 12 los menores de 18 años tienen derecho a asistencia sanitaria”.

La legislación en ocasiones puede tener en su ejecución aplicaciones distintas y contradictorias, en función de la administración, de la coyuntura política, social o incluso dependiendo de la persona que la aplique.

### C) La atención a la discapacidad en las políticas públicas de inmigración

En cuanto a las políticas públicas en materia de inmigración (es decir, los planes autonómicos y nacional de integración de las personas inmigrantes), pocas son las menciones específicas a la discapacidad.

No obstante, algunos planes de inmigración sí mencionan específicamente la atención a la discapacidad hacia este colectivo. A continuación, referimos los más importantes:

– El Plan Estratégico de Ciudadanía e Integración del Ministerio de Trabajo e Inmigración, que hace mención a los programas FER del Fondo Europeo para los Refugiados, que integran actuaciones específicas para situaciones de vulnerabilidad, como es el caso de la discapacidad. Por otro lado, en varias ocasiones se hace especial mención a la discapacidad como un área transversal del Plan, con respecto a las acciones que garanticen la igualdad de trato y la no discriminación, con especial incidencia en el ámbito educativo, en la salud y en los servicios sociales.

– En nuestra comunidad, el Plan Integral para la Inmigración en Andalucía 2006-2009<sup>27</sup>, muestra como uno de sus objetivos generales “difundir los programas de formación profesional ocupacional entre la población inmigrante”, entre los que incluye el dirigido a personas con discapacidad. También señala una medida formativa para la Captación de cuidadores y cuidadoras para su inclusión en talleres de formación para la asistencia en el domicilio de personas mayores y discapacitadas.

Esta readaptación de la población de origen extranjero al contexto profesional andaluz es un instrumento muy importante para optimizar la formación y experiencia laboral adquirida en sus contextos de origen o en otros países.

Para poder luchar contra la creación de estos colectivos marginales, las políticas de inmigración deberían tener como meta establecer medidas para lograr una sociedad moderna cohesionada, plural, diversa, e intercultural, articulada en torno al respeto a los derechos humanos y al cumplimiento de los deberes de ciudadanía. No es una meta lejana crear una sociedad en la que la población inmigrante y la población de acogida convivan, interactúen y construyan conjuntamente un futuro mejor.

En cada país de acogida, tanto en España, como en el resto de la Unión, el éxito de estas políticas y alcances legislativos deberían radicar en conseguir una gestión que haga posible la integración, y para ello es un objetivo ineludible escolarizar a niños y niñas con normalidad, dar formación a los trabajadores inmigrantes, y proporcionarles facilidades para que puedan trabajar con alta en la Seguridad Social.

---

<sup>26</sup> Esta idea se deduce del Art. 12 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, los menores de 18 años sin autorización de residencia tienen derecho a la asistencia sanitaria.

<sup>27</sup> Véase: Plan integral para la inmigración en Andalucía. (Objetivo específico 2.8) pág 153 [http://www.juntadeandalucia.es/export/drupaljda/1\\_1841\\_ii\\_plan\\_inmigracion\\_0\\_0.pdf](http://www.juntadeandalucia.es/export/drupaljda/1_1841_ii_plan_inmigracion_0_0.pdf)

Respecto a las familias, se hace necesario luchar contra la marginación y la desigualdad proporcionando facilidades para que puedan tener una vivienda en condiciones dignas.

Si los gobiernos y legisladores continúan realizando desarrollos legislativos limitados conseguirán la segmentación espacial de esa población, no dando opciones en ningún caso a la normalización educativa, la equiparación de derechos sociales, civiles y políticos en el marco constitucional, o la cuantía y las formas de la cooperación al desarrollo.

Los poderes públicos pueden y deben entenderse para caminar en una misma dirección y ajustar los presupuestos a las políticas públicas: sanidad para todos, atención a los mayores, educación, servicios sociales, a las nuevas necesidades que han surgido con la llegada de población inmigrante.

El objetivo debería ser conseguir con eficacia el más amplio respaldo político y social a una serie de posiciones políticas compartidas, a unos criterios de políticas para la inmigración que proporcionen confianza y serenidad a la ciudadanía, así como unos compromisos comunes que alejen la inmigración de la utilización electoralista y de los riesgos de xenofobia y racismo latentes.

En esa perspectiva, un acuerdo de Estado en materia de inmigración, con la implicación no sólo de las fuerzas políticas, sino de las organizaciones empresariales y sindicales, de las ONG y de los medios públicos y privados de comunicación significaría un paso cualitativo y decisivo. De lo que se trata, en suma, es de ofrecer al conjunto de la sociedad, y también a estos nuevos ciudadanos, un instrumento que les permita avanzar decididamente hacia ese futuro de mayor bienestar, cohesión y progreso.

#### **4. LA DEPENDENCIA: PUNTO DE UNIÓN DE SOLIDARIDAD Y DESARROLLO SOCIAL**

Un elemento fundamental a la hora de analizar la dependencia en personas mayores, es la expectativa de cuidados que tiene la población en el caso de tener que padecer una situación de este tipo.

La prolongación, de forma permanente, de la esperanza de vida de la sociedad y el incremento de la longevidad, llevan aparejados como consecuencia, un aumento de las patologías crónicas y un aumento de los procesos de dependencia, o lo que es lo mismo, una pérdida de determinados elementos de la autonomía personal que dificultan la plenitud en el desarrollo vital. Esta circunstancia, en nuestra sociedad, más que ser vista como un problema puede convertirse en un punto de unión donde converjan tanto la solidaridad como el desarrollo social

La actitud de las familias a la hora de dar cuidados a sus mayores dependientes, está condicionando de forma considerable por tres factores:

- Escasa disponibilidad de mano de obra española
- Serias dificultades de acceder a un centro público como una residencia,
- El encarecimiento de las residencias privadas

Es por ello, que la aparición de un nuevo recurso en nuestra sociedad, como es el cuidado de los mayores dependientes por parte de ciudadanos inmigrantes ha supuesto una respuesta al problema del cuidado por dependencia.

Se calcula que alrededor de 900.000 personas dependientes son mayores de 65 años en España, y el 90 % de las personas que cuidan a estos mayores son inmigrantes<sup>28</sup>, en este sentido, el servicio doméstico y, el trabajo de cuidados, está realizado por la inmigración latinoamericana y rumana femenina en España.

<sup>28</sup> Vid. *Los inmigrantes cuidadores de nuestros mayores* <https://www.inforesidencias.com/contenidos/noticias/nacional/los-inmigrantes-cuidadores-de-nuestros-mayores>

La situación de dependencia en personas mayores en los albores del siglo XXI, ha generado este nuevo y emergente recurso laboral, que está proporcionando a muchas familias e inmigrantes de nuestro país, una oportunidad doble donde todos ganan.

Esta afirmación se hace patente, pues por una parte el cuidado de mayores por inmigrantes ofrece a las familias un respiro para hacer frente a la situación de dependencia, y por otro ofrece a los inmigrantes la posibilidad de cohabitar entre nosotros desempeñando una actividad, que como consecuencia de los cambios familiares acaecidos en los últimos años, ha comenzado a entrar en crisis.

La otra cara de la moneda es que las trabajadoras inmigrantes como cuidadoras no poseen la formación adecuada para esta tarea. También es cierto que las tareas que desarrollan los inmigrantes no se limitan al cuidado del mayor, sino que también hacen las tareas del hogar y todo lo que sea necesario. No es posible augurar si las familias aceptarían emplear personas formadas para el cuidado de mayores, dado que ello supondría la realización de un contrato laboral y mayor salario<sup>29</sup>, pero cada vez existen más personas mayores con problemas de dependencia que demandan cuidados de larga duración, de gran intensidad y durante dilatados períodos de tiempo.

## IV. LA VULNERABILIDAD DE LA MUJER INMIGRANTE

### 1. LAS RAZONES DE LA DESIGUALDAD Y LA MARGINACIÓN DE LA MUJER INMIGRANTE

De lo anteriormente expuesto, el último de los nuevos colectivos marginales más importantes que permanecen en silencio y que deben ser objeto de una tutela más eficaz por parte del ordenamiento jurídico-social, es el de las mujeres que sufren una doble discriminación, por el mero hecho de ser mujer y por residir en un país extranjero.

Esta situación de vulnerabilidad viene ocasionada por las estructuras sociales de sus países de origen que las alejan de su propia autonomía.

La principal causa que conlleva a la marginación es la anafetización que sufren las mujeres en los países de acogida. Ésta, ha venido dada por el tratamiento que se le ha dado a la mujer en sus países de origen, en cuanto a la ausencia de paridad en la educación: El informe Género y la EPT 2000-2015: Logros y Desafíos, elaborado por el equipo del Informe de Seguimiento de la Educación en el Mundo (GEM Report), señala que la brecha de género a nivel educativo de las niñas y especialmente las más humildes, es la causante de que éstas sean las que tengan más dificultades para acceder a la escuela primaria. En este sentido, no ha sido posible el aumento de los índices de alfabetización de mujeres jóvenes, por lo que dos tercios de la población adulta no alfabetizada a nivel mundial son mujeres.

Sumado a ello, la responsabilidad en el rol del cuidado del hogar ha recaído, tradicionalmente y de forma general, en la mujer. El informe “Mujeres, Negocios y la Ley 2016”<sup>30</sup> del Grupo del Banco Mundial, nos indica que hay países donde la mujer no puede trabajar si el cónyuge estima que no es conveniente para la familia; en otros, estos ordenamientos jurídicos no disponen de normativa que auxilie a las víctimas de violencia doméstica o acoso sexual laboral.

Actualmente, en estos países la vida laboral femenina se reduce al ámbito privado donde aún hoy, según la OIT, sólo el 5 % o menos de los puestos directivos de las compañías importantes están en manos de una mujer<sup>31</sup>, y un 60 % de las profesionales siguen rechazando ascensos y optan por la flexibilidad laboral, posibilitando que las conquistas en el terreno de lo público fuesen para los hombres.

<sup>29</sup> Véase: RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ, V. et al. (2010). *Inmigración y cuidados de mayores en los hogares de la Comunidad de Madrid*. Madrid, Portal Mayores, Informes Portal Mayores, nº 102. [Fecha de publicación: 04/02/2010].

<sup>30</sup> Vid. Women, Business and the Law <http://svbl.worldbank.org/>

<sup>31</sup> Vid. *Women in Business and Management: Gaining Momentum*, / International Labour office. geneva: ILo, 2015

Históricamente en los lugares de procedencia, las políticas en favor de la igualdad jamás se han desarrollado de forma transversal, por lo que la falta de formación académica y profesional de las inmigrantes, se suman a las restricciones tradicionales al trabajo en los países de acogida que reciben a estas mujeres sin apenas nivel cultural, siendo ésta la razón por la que, a la hora de trabajar, las mujeres se ven obligadas a optar por contratos muy precarios.

En este contexto, en los países de acogida, a la escasa especialización de la mano de obra femenina se suma otra causa de desigualdad entre hombres y mujeres: El salario percibido. En el 2015, la brecha salarial en la UE se situó en el 16,3 %, entendiéndose ésta como la diferencia entre la ganancia por hora de hombres y mujeres asalariados. El menor nivel corresponde a Italia (5,5 %), Luxemburgo (5,5 %) y Rumanía (5,8 %). Por el contrario, alcanza las mayores cotas en Estonia (26,9 %), República Checa (22 %) y Alemania (22 %)<sup>32</sup>.

En síntesis, las mujeres inmigrantes en los países de acogida, están consideradas como necesitadas de asistencia, víctimas incapaces de defenderse y destinadas a ejercer trabajos de baja cualificación. Aunque este juicio sea injusto, este colectivo está enfrentándose a retos vitales importantes, que les han supuesto cambios físicos y desestabilidad psíquica.

Muchas trabajadoras se encuentran inmersas en un camino “entre la tristeza y la ilusión”, que constata su duelo migratorio, pero que no las desalienta para seguir luchando por ser las únicas dueñas de su destino.

La realidad muestra que el nivel creciente de empoderamiento, su esfuerzo por contribuir a su sociedad de acogida y su valiosa experiencia, tanto personal como profesional, no hacen más que demostrar el potencial que tienen las trabajadoras inmigrantes en ámbitos como el laboral, así como su fundamental aportación a la configuración de una sociedad multiétnica en la que prevalezca la convivencia entre personas diversas.

La defensa y la promoción de la igualdad de este colectivo debe ser una de las principales metas que diferencien a una sociedad madura, avanzada y comprometida con las libertades individuales.

## 2. MEDIDAS DE PREVENCIÓN CONTRA LA DISCRIMINACIÓN

Según los sociólogos, el futuro de este marco circunstancial no es prometedor, por lo que se hará necesario que se tomen una serie de medidas preventivas<sup>33</sup> a nivel autonómico y estatal para de esta forma, luchar contra la discriminación de estos colectivos expuestos.

Dichas medidas, dirigidas al Ordenamiento jurídico y a la sociedad, deben tener dos pilares fundamentales:

1º Aumentar los conocimientos y la comprensión sobre la vulnerabilidad de los trabajadores migrantes, especialmente las mujeres, hacia La discriminación, la explotación y el abuso durante todas las etapas del proceso de migración laboral internacional, incluyendo ser víctimas de tráfico.

2º Promover y mejorar la legislación, las políticas y las medidas para prevenir dicha discriminación, explotación y abuso y para brindar una mejor protección a aquellas trabajadoras migrantes que son vulnerables; y enfatizar y explicar por qué y cómo el tema de la prevención de la discriminación, la explotación y el abuso, incluyendo el tráfico, de los trabajadores y las trabajadoras migrantes debe abordarse dentro de un marco orientado hacia la promoción de migraciones laborales ordenadas y reguladas y como una forma de respetar los derechos humanos básicos, incluyendo los derechos laborales y los derechos de las y los migrantes.

Con estas medidas se conseguirán otros logros como promover con eficacia la igualdad de géneros y erradicar cualquier forma de discriminación, racismo y xenofobia.

<sup>32</sup> Vid. BERNARDOS G. “La discriminación salarial de las mujeres: causas y consecuencias” [https://cronicaglobal.elespanol.com/pensamiento/discriminacion-salarial-mujeres\\_69622\\_102.html](https://cronicaglobal.elespanol.com/pensamiento/discriminacion-salarial-mujeres_69622_102.html)

<sup>33</sup> En este sentido, véase: Guía informativa: *Cómo prevenir la discriminación, la explotación y el abuso de las trabajadoras migrantes*. Organización Internacional del Trabajo, 2009 Primera edición, 2009

La promoción del trabajo decente y productivo para todos los trabajadores, mujeres y hombres, en condiciones de libertad, igualdad, seguridad y dignidad humana, será la clave para erradicar la pobreza, la exclusión social y, por ende, la marginación de estos colectivos tratados.

# CAPÍTULO X. LA RENTA MÍNIMA PARA LAS FAMILIAS SIN RECURSOS

JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de Granada*

*Presidente de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social (AESSS)  
Director de la Revista de Derecho de la Seguridad Social Laborum*

*“Sirve inmediatamente a la idea social, lo que presta, pues, el Derecho [...] en esta múltiple graduada elevación, desde el individuo existe por sí, a la comunidad organizada; venciendo la separación de los hombres mediante su unión y al mismo tiempo completando y corrigiendo el sistema de patrimonio individual, mediante formas matizadas varias del patrimonio común y colectivas [...] Nuestro Derecho [...] será social o no será. Seguro que un lejano porvenir lo confirmará”*

OTTO VON GIERKE<sup>1</sup>

*“Si queremos que todo siga como está, es preciso que todo cambie. ¿Me explico?...”*

GIUSEPPE TOMASI DI LAMPEDUSA<sup>2</sup>

## I. LA NUEVA CUESTIÓN SOCIAL DE LA EXCLUSIÓN Y LA INSUFICIENCIA DE LOS INSTRUMENTOS DE PROTECCIÓN SOCIAL EXISTENTES

En el Informe 01|2017 Políticas públicas para combatir la pobreza en España<sup>3</sup>, se subraya respecto a los ingresos mínimos garantizados que hace ya varias décadas que la Unión Europea viene abordando estudios y recomendaciones en relación con la implantación por parte de los Estados miembros de un sistema de protección social pública y renta mínima caracterizado por el *reconocimiento de un derecho subjetivo basado en la dignidad de la persona*. La Recomendación del Consejo 92/441/CEE, de 24 de junio de 1992, relativa a los criterios comunes relativos a recursos y prestaciones suficientes en los sistemas de protección social desarrollaba los principios y modalidades de aplicación de la garantía de un nivel de recursos económicos coherente con el respeto a la dignidad humana. En este contexto, la cuestión de la garantía de rentas se ha sido enfocada sobre la base de los criterios de superación del asistencialismo tradicional y la discrecionalidad administrativa de las prestaciones y servicios asistenciales típicos.

Con la iniciativa impulsada por las organizaciones sindicales más representativas se presentó una “Proposición de Ley sobre establecimiento de una prestación de ingreso mínimos en el ámbito de protección de la Seguridad Social” (2016)<sup>4</sup>. Su premisa es la inadecuación de nuestro sistema de

<sup>1</sup> GIERKE, O.V.: *La función social del Derecho privado y otros estudios*, trad. J.M. Navarro de Palencia, revisión, edición y estudio preliminar, “La teoría jurídica y social de Otto von Gierke: teoría del Derecho social y de las personas colectivas” (pp. IX-LXI), Granada, Ed. Comares, 2015, págs. 36-37.

<sup>2</sup> *El gatopardo*, trad. Fernando Gutiérrez, Barcelona, Ed. Argos Vergara, 1980, pág. 20.

<sup>3</sup> Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el tema «Principios para unos sistemas de prestaciones sociales eficaces y fiables» (Dictamen de iniciativa) (2016/C 013/08). Consúltese también, CESE: Dictamen sobre la Renta mínima europea e indicadores de pobreza, SOC/482, diciembre de 2013. En este Dictamen el CESE recomienda que el sistema de rentas mínimas sea acompañado de otras medidas de políticas activas dirigidas a favorecer la incorporación al mercado de trabajo de la población más vulnerable, además de asegurar su acceso a servicios públicos de calidad.

<sup>4</sup> Corresponde a los números de expediente 120/000035 de la X Legislatura y 120/000003 de la XI Legislatura). 120/000002. Presentada por don José Campos Trujillo y otros. BOCG. Congreso de los Diputados. XII Legislatura. 9 de septiembre de 2016, núm. 3-1. Resulta harto significativa la comparecencia del Secretario General de UGT en el

garantía de rentas frente a los conocidos efectos del aumento de la pobreza. En España, un número cada vez mayor de personas se encuentran en riesgo de pobreza o exclusión y la pobreza severa afecta a tres millones; todo ello en un contexto de fuerte incremento del número de hogares sin ingreso alguno, de aumento del número de parados de larga duración y de reducción de las tasas de cobertura en el sistema de desempleo, con una elevadísima tasa de pobreza infantil. La necesidad de reforzar el actual sistema de protección social y de aportar soluciones es absolutamente imprescindible. Más allá de las dificultades económicas por las que atraviesa la economía española, la protección de las personas con escasa o ninguna cobertura social pública es una exigencia social, cívica y democrática. Las reformas de la protección por desempleo, lejos de haberse adaptado al actual mercado de trabajo y de dar respuestas al constante aumento del desempleo, han dado como resultado una política de contención del gasto, reduciéndose sus índices de cobertura, precarizándose no sólo el mercado laboral sino también la prestación por desempleo, que no llega a ofrecer una cobertura adecuada ni respecto a la población a proteger ni respecto a la duración de la percepción. Con los actuales instrumentos de protección social no se alcanza a proteger a todas las personas que se encuentran en situación de necesidad. Mientras que las prestaciones por desempleo sólo protegen al 55,7 % de las trabajadoras y de los trabajadores desempleados y con una cobertura de carácter temporal, en el ámbito de protección que se ofrece desde otras administraciones públicas que proporcionan las rentas mínimas de inserción, se refleja una tasa de cobertura en la totalidad del Estado que apenas supera la cifra del 5,48 %. Dentro del ámbito de la Seguridad Social, las prestaciones por hijo a cargo son manifiestamente insuficientes para aliviar mínimamente la pobreza infantil (Exposición de Motivos de la ILP).

La prestación de ingresos mínimos de ILP es configurada como una prestación de modalidad no contributiva del Sistema de Seguridad Social destinada a garantizar unos ingresos adecuados a las personas que, con disponibilidad para trabajar, carecen de empleo y de unos recursos económicos para sí y, en su caso, para los familiares a su cargo (art. 1). La prestación de ingresos mínimos se define como una prestación de derecho subjetivo enmarcada en el nivel no contributivo de la Seguridad Social. La financiación debe garantizarse vía impuestos, a través de los Presupuestos Generales del Estado, y debe responder a los criterios de eficiencia y suficiencia y además contribuir a lograr una mayor cohesión social y territorial. El límite de de rentas o ingreso toma en consideración la unidad económica familiar. Se entiende por unidad económica familiar la derivada de la convivencia de la persona beneficiaria con su cónyuge, pareja de hecho y ascendientes o descendientes en primer grado, sean o no igualmente beneficiarios (art. 2.3). El Congreso de los Diputados, el 2.2. 2017 admitir a trámite la Iniciativa Legislativa Popular (ILP) impulsada por los sindicatos UGT y CCOO –y que 700.000 personas apoyaron con su firma- para establecer en España una renta mínima garantizada (RMG). Pero contó la oposición del Partido Popular y de Ciudadanos. A favor de esta nueva prestación social destinada a las personas sin recursos se han pronunciado el PSOE, Podemos, ERC, PDCAT y otras formaciones minoritarias.

La Renta mínima figura en la Pilar Europeo de Derechos Sociales<sup>5</sup> y en el art. 34 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en adelante, CDFUE)<sup>6</sup>. Sin embargo, en la

Congreso de los Diputados, en el marco de la Comisión del Pacto de Toledo, en defensa de esta Iniciativa Legislativa Popular (ILP), sobre la implantación de un sistema de garantías mínimas de rentas de ámbito estatal.

<sup>5</sup> Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo y al Comité de las Regiones, Apertura de una consulta sobre un pilar europeo de derechos sociales, Estrasburgo, 8.3.2016 COM(2016) 127 final, y como desarrollo de ese Pilar Europeo de Derechos Sociales (En adelante, PEDS), Propuesta de Recomendación del Consejo, relativa al acceso a la protección social para los trabajadores por cuenta ajena y los trabajadores por cuenta propia, Estrasburgo, 13.3.2018 COM(2018) 132 final 2018/0059 (NLE). Esta Comunicación se basa expresamente en la Recomendación OIT, núm. 202 (2012), sobre los pisos de protección social R202 - Social Protection Floors Recommendation, 2012 (Nº. 202). Un análisis de los aspectos de Seguridad Social y protección social pública de la Propuesta de Recomendación de 13.3.2018 COM(2018) 132 final, en MONEREO PÉREZ, J.L.: “Pilar Europeo de Derechos Sociales y sistemas de seguridad social”, en *Lex Social. Revista de Derechos Sociales*, Vol. 8, Núm. 2 (2018), págs. 251-298.

<sup>6</sup> Para en estudio sobre su alcance comprensivo de la rentas mínimas, véase MONEREO PÉREZ, J.L.: “Seguridad Social y Ayuda Social (Artículo 34 de la Carta de la UE)”, en VV.AA.: *La Europa de los Derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Monereo Atienza, C. y MONEREO PÉREZ, J.L. (Dir. y (...)



Recomendación sobre el acceso de los trabajadores a la protección social no se incluyen expresamente entre las ramas de *Seguridad Social* las rentas mínimas garantizadas o rentas de inserción (Apartado 3 de la Recomendación del Consejo relativa a la protección social para los trabajadores por cuenta ajena y los trabajadores por cuenta propia; Estrasburgo, 13.3.2018 COM(2018) 132 final), donde pesa el acotamiento preferente de las prestaciones contributivas y no contributivas de los regímenes de Seguridad Social, con remisión a las ramas de protección social a que se hace referencia en el apartado 5 de la Recomendación tal como se definen de conformidad con el Reglamento (CE) n.º. 883/2004 del Parlamento Europeo y del Consejo, de coordinación comunitaria de las prestaciones de Seguridad Social; expresamente se indica así en el Apartado 7.e) de la Recomendación)<sup>7</sup>. Ahora bien: en el caso de que una legislación de un Estado miembro de la Unión incluya una renta mínima dentro del sistema de Seguridad Social (paradigmáticamente, como prestación no contributiva interna a dicho Sistema) si habrá que entender que se aplica el Reglamento 883/2004. En España esto acontece con las rentas activas de inserción (RAI) en el marco de la protección por desempleo del Sistema de Seguridad Social, pero *no* respecto a las rentas mínimas de inserción (RMI), Rentas de ingresos o Rentas de Solidaridad –o con otras variadas denominaciones- establecidas por las Comunidades Autónomas (CC.AA) al amparo de sus competencias específicas en materia de “Asistencia Social” (art. 149.1.20ª CE).

Dentro del tercero de los capítulos del PEDS (dedicado a la protección e incluso social), se acomete una ambiciosa propuesta de rentas mínimas en el principio 14 al indicar que “toda persona que carezca de recursos suficientes tiene derecho a unas prestaciones de *renta mínima* adecuadas que garanticen una vida digna a lo largo de todas las etapas de la vida, así como el acceso a bienes y servicios de capacitación. Para las personas que pueden trabajar, las prestaciones de *renta mínima* deben combinarse con incentivos a la (re)integración en el mercado laboral”. El siguiente paso sería estudiar el modo y los distintos modelos en que se están implantando estos regímenes de *renta mínima* en la Unión Europea, a los efectos de comprobar su eficacia en los hogares para satisfacer sus necesidades. Entre los desafíos actuales sobre estos sistemas se encuentra la inadecuación de la cuantía de las prestaciones –que no permite a los beneficiarios salir de la pobreza-, la escasa cobertura y la falta de aprovechamiento de esta ayuda social de renta mínima debido a lo complejo que resulta acceder a estas medidas.

En la última década se han introducido nuevos criterios de desarrollo de la llamada “renta mínima europea”, dentro del marco de la Estrategia de Lisboa y su sucesora, la Estrategia Europa 2020, que persiguen que este sistema de garantía de rentas esté vínculo al principio de inclusión activa y, por consiguiente, constituya el desarrollo de una renta básica, de carácter universal, que sea suficiente pero a la vez compatible con la inserción en el mercado de trabajo<sup>8</sup>.

En el dictamen del Comité Económico y Social Europeo (CESE) sobre la renta mínima europea, se señala que la renta mínima garantizada es una ayuda a los ingresos que no está basada en el pago de cotizaciones sociales y que proporciona una última red de seguridad para las personas que no pueden optar a las prestaciones de la seguridad social. El Comité entiende que como última salvaguarda contra la pobreza, está indisolublemente unida al derecho a llevar una

Coords.), Granada, Ed. Comares, 2012, págs. 893 y sigs.; y reforzando el análisis de la necesaria perspectiva de la garantía multinivel de los derechos fundamentales, véase MONEREO PÉREZ, J.L. y ORTEGA LOZANO, P.G.: “Derecho a protección contra la pobreza y la exclusión social (artículo 30 de la Carta Social Europea)”, en VV.AA.: *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea*, Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dir. y Coords.), Granada, Ed. Comares, 2017, págs. 925 y sigs.

<sup>7</sup> Véase el art. 3.1 (“Campo de aplicación material”). “El presente reglamento se aplica a toda la legislación relativa a la rama de Seguridad Social relación con: [...]”. Por otra parte, se establece que “Salvo disposición en contrario del anexo XI, el presente Reglamento se aplicará a los regímenes de Seguridad Social generales y especiales, contributivos y no contributivos, así como a los regímenes relativos a las obligaciones del empleador o del armador” (art.3.2). Cfr., no obstante, el art. 58 del Reglamento 883/2004.

<sup>8</sup> La Recomendación de la Comisión 2008/867/CE, sobre la inclusión activa de las personas excluidas del mercado de trabajo hace pivotar esta en torno a tres aspectos fundamentales: un apoyo a la renta adecuado, mercados de trabajo inclusivos y el acceso a servicios sociales de calidad.

vida digna de las personas que no tienen otra forma de asegurar sus ingresos y al de las personas que están a su cargo.

La Comisión Europea y el Parlamento Europeo han impulsado el proyecto EMIN o Red Europea de Renta Mínima, cuyo objetivo es construir un consenso para tomar las medidas necesarias para la incorporación progresiva de sistemas de ingresos mínimos adecuados y accesibles para los ciudadanos de los países miembros de la Unión Europea. Hay que tener en cuenta que el Parlamento Europeo defiende la implantación de una renta mínima en todos los países de la UE (2017). Se materializa en la *Resolución del Parlamento Europeo, de 24 de octubre de 2017, sobre las políticas encaminadas a garantizar la renta mínima* como instrumento para luchar contra la pobreza (2016/2270 (INI)<sup>9</sup>. Es pertinente recordar que esta Resolución del Parlamento carece de fuerza normativa vinculante, aunque es un instrumento jurídico de enorme valor desde la perspectiva de la política del Derecho Social de la Unión. Y lo hace con referencia expresa a las Cartas Sociales Europeas y los instrumentos jurídicos de la OIT<sup>10</sup>. Así en relación a la necesidad de establecer “*Regímenes de renta mínima*”, se puede destacar los siguientes aspectos:

El Parlamento Europeo pide a todos los Estados miembros que introduzcan regímenes de renta mínima adecuados, acompañados de medidas para favorecer la reincorporación al mercado de trabajo de todas las personas capaces de trabajar y de programas de educación y formación adaptados a la situación personal y familiar del beneficiario, con el fin de ayudar a las familias con ingresos insuficientes y permitirles que tengan un nivel de vida digno; hace hincapié en que esta renta mínima debe ser la última red de protección social y consistir en un apoyo financiero adecuado complementario a un acceso garantizado a servicios de calidad y a políticas activas de empleo, como el medio más eficaz para luchar contra la pobreza y garantizar una existencia digna a todos aquellos que no disponen de recursos suficientes; destaca, a este respecto, que el derecho a las ayudas sociales es un derecho fundamental y que los regímenes de renta mínima adecuados permiten a las personas vivir dignamente, favorecen su plena participación en la sociedad y garantizan su independencia a lo largo del ciclo de vida; Es que en otros Apartados se deja constancia de que el fundamento último es la dignidad humana y su elevación al máximo rango dentro de un sistema multinivel de garantías de los derechos fundamentales. Así, lamenta que algunos Estados miembros no parezcan tener en cuenta la Recomendación 92/441/CEE del Consejo, que reconoce «el *derecho fundamental de la persona* a recursos y prestaciones suficientes para

<sup>9</sup> Última actualización de 24 de junio de 2018.

<sup>10</sup> En el Preámbulo de la Resolución del Parlamento se citan, entre otros muchos instrumentos de fundamentación de la misma los siguientes:

- Vistos el artículo 5, apartado 3, del Tratado de la Unión Europea y los artículos 4, 9, 14, 19, 151 y 153 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea,
- Vista la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948, ratificada de nuevo por la Conferencia sobre los derechos humanos de 1993, y en particular sus artículos 3, 23 y 25,
- Vista la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, y en particular sus disposiciones relativas a los derechos sociales y, más concretamente, sus artículos 34, 35 y 36, en los que se declaran específicamente el derecho a una ayuda social y a una ayuda de vivienda, el derecho a un nivel elevado de protección de la salud y el derecho de acceso a los servicios de interés económico general,
- Vista la *Carta Social Europea*, y en particular sus artículos 1, 4, 6, 12, 14, 17, 19, 30 y 31,
- Vistos los *Convenios de la Organización Internacional del Trabajo* (OIT) n.º 29 y 105 sobre la abolición del trabajo forzoso, y n.º 102 sobre la seguridad social, así como su Recomendación n.º 202 sobre los pisos de protección social,
- Vistos el Programa de Trabajo Decente y el Pacto Mundial para el Empleo de la OIT, aprobados por consenso mundial en la Conferencia Internacional del Trabajo del 19 de junio de 2009,
- Vistas las Conclusiones del Consejo de Empleo, Política Social, Sanidad y Consumidores, de junio de 2013, sobre el tema «Hacia la inversión social para el crecimiento y la cohesión»,
- Vista la Recomendación 92/441/CEE del Consejo, de 24 de junio de 1992, sobre los criterios comunes relativos a recursos y prestaciones suficientes en los sistemas de protección social (Recomendación sobre los ingresos mínimos),
- Vista la Recomendación 92/442/CEE del Consejo, de 27 de julio de 1992, relativa a la convergencia de los objetivos y de las políticas de protección social
- Vista la Recomendación de la Comisión 2013/112/EU, de 20 de febrero de 2013, titulada «Invertir en la infancia: romper el ciclo de las desventajas»

vivir conforme a la dignidad humana»; y hace notar que, si bien la mayor parte de los Estados miembros disponen de regímenes nacionales de renta mínima, varios de estos regímenes no ofrecen un apoyo a la renta adecuado a todas las personas necesitadas; pide a todos los Estados miembros que prevean la introducción de regímenes de renta mínima garantizada y, en su caso, su mejora para contribuir a prevenir la pobreza y favorecer la inclusión social.

Se trata de un derecho de estructura jurídica compleja que entraña posiciones activas y posiciones pasivas de deber u obligación tanto para el sujeto o los que integran la *unidad familiar* como para los propios poderes públicos.

El Parlamento Europeo realza la perspectiva de *política de familias* (esto es, medidas jurídicas e intervenciones de los poderes gubernativos y de las Administraciones Públicas para facilitar recursos a las personas con responsabilidades familiares para que puedan desempeñar las mismas en las mejores condiciones y permitan la integración e inclusión de sus integrantes en la sociedad) en la que se enmarca la Renta mínima: es fundamental, en relación con el debate sobre la renta mínima, la posición especial en que se encuentran *las familias con hijos y las familias monoparentales* y hasta qué punto resultan afectadas<sup>11</sup>. Hay que tener en cuenta que el enfoque “familiarista” (o “familista”) ha tenido una gran importancia en la construcción tradicional del modelo de Estado del Bienestar (y no sólo mediterráneo) en el que los vínculos, la dependencia y la solidaridad familiar continúan siendo unos de los grandes pilares básicos sobre el que se sustentan las políticas sociales del Estado de Bienestar<sup>12</sup>. Esto permite comprender y explicar que los cambios en las estructuras y relaciones familiares han tenido siempre una gran influencia en la conformación y evolución de los diversos Estados del Bienestar.

En cuanto a su *materialización e instrumentación jurídica* viene a coincidir con la posición expresada en el Dictamen del CESE sobre la necesidad de formalizarla, conformarla y garantizarla a través de una *Directiva-Marco* relativa a una renta mínima adoptada en el marco del Derecho Social de la UE. Así se indica –coincidiendo con el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo– que sería pertinente promulgar una Directiva marco sobre una renta mínima adecuada en la Unión Europea, que establecería normas e indicadores comunes, proporcionaría métodos para el seguimiento de su aplicación y mejoraría el diálogo entre las partes interesadas, los Estados miembros y las instituciones de la Unión; y en esa línea de pensamiento interpela a la Comisión y a los Estados miembros para que estudien métodos e instrumentos para garantizar una renta mínima adecuada en todos los Estados miembros.

<sup>11</sup> El Apartado 30 de la Resolución parlamentaria se sitúa en esa lógica “familiarista”. Destaca la importancia de definir unos criterios de admisibilidad apropiados y adaptados a la realidad socioeconómica de los Estados miembros que deban reunirse para poder beneficiarse de un régimen de renta mínima adecuado; considera que entre esos criterios debe figurar no ser beneficiario de una prestación por desempleo o que, aun siendo beneficiario, esta sea insuficiente para evitar la pobreza y la exclusión social, y se debe tener presente el número de hijos y de otras personas a cargo; insiste, no obstante, en que estos criterios no deben poner trabas administrativas para acceder a los regímenes de renta mínima a las personas que ya se encuentran en una situación muy vulnerable (por ejemplo, no se debe exigir una dirección fija en el caso de las personas sin hogar); También el Apartado 37, en el que se insiste en la necesidad de que se tenga en cuenta el número de personas a cargo al establecer el importe de la renta mínima, en particular los niños o las personas con un elevado grado de dependencia, con el fin de romper el círculo vicioso de la pobreza, y en especial de la infantil; pide a la Comisión y a los Estados miembros que garanticen la rápida aplicación de la Recomendación de 2013 titulada «Invertir en la infancia: romper el ciclo de las desventajas»; opina, además, que la Comisión debería elaborar un informe anual sobre los progresos en la lucha contra la pobreza infantil y sobre la aplicación de la citada Recomendación con la ayuda de los indicadores que en ella se facilitan (Este enfoque también, en el Apartado 38).

<sup>12</sup> MORENO DOMÍNGUEZ, AL.: “El familiarismo cultural en los estados de bienestar del sur de Europa. Transformaciones de las relaciones entre lo público y lo privado”, en *Sistema: Revista de ciencias sociales*, núm. 182 (2004), págs. 47-74. En este estudio se presenta cómo la cultura familiarista característica de los países europeos –sobre todo mediterráneos– se ha engendrado en un modelo de Estado del Bienestar en el que las cuestiones familiares se han considerado pertenecientes al ámbito estrictamente privado. Esta forma de entender las relaciones entre lo público y lo privado ha dado lugar a un modelo de sociedad y de Estado basado en la solidaridad intergeneracional y en la dependencia familiar de la mujer, lo que en cierta forma ha supuesto –críticamente– un impedimento en el proceso de extensión de los derechos de ciudadanía social en los Estados del Bienestar postindustriales del sur de Europa. Esta idea de base también en AÑON, J. y MIRAVET, P.: “Paradojas del familiarismo en el Estado del bienestar: mujeres y renta básica”, en *Cuadernos de Relaciones Laborales*, vol.23, núm. 2 (2005), págs. 101-121.

En definitiva, el Parlamento Europeo, apuesta por la implantación generalizada en los Estados miembros de una Renta mínima garantizada por un fondo de cohesión de la Unión, y su materialización en las sistemas de protección social pública en todos los países que forman parte de la misma.

Con todo, cabe decir que en los Estados miembros, *hic et nunc*, existe un laberinto de mecanismos (a menudo superpuestos y desorganizados) encaminados a proporcionar unos ingresos mínimos de subsistencia a sus beneficiarios, la evolución de estos últimos y la intensidad de la protección que brindan. Máxime, cuando en un contexto de incremento de la desigualdad y de sensibilización generalizada respecto a la misma, está retomando el debate central en las últimas décadas sobre la implantación de una renta mínima universal de subsistencia concebida como derecho social de nuevo tipo.

Se aprecian síntomas de descomposición del modelo clásico de protección social pública<sup>13</sup>. En este contexto, la finalidad de un modelo de protección social que siga siendo protagonista destacado del cambio social ha de apoyarse – en obligado respeto del compromiso constitucional dentro del sistema multinivel de garantía de los derechos sociales fundamentales- en la integración de los derechos sociales en el *status* de ciudadanía, como una forma de acción encaminada a modificar el marco de las desigualdades sociales, según la clásica aspiración emancipadora y promocional del Estado Social de Derecho -garantizada como mandato constitucional ex art.9.2 CE<sup>14</sup>-, parece inexcusable la revisión de los términos tradicionales con que se ha venido afrontando las RMI o fórmulas análogas.

Con todo, el derecho a percibir una prestación de renta mínima de inserción (de estructura jurídica compleja) se resuelve en una nueva forma útil de gestión de lo social, pretende combinar la tradicional técnica de ayuda económica (política pública pasiva de protección social) con la técnica activa de inserción, que lo es de integración y participación. Ello requeriría, para su adecuada para su práctica efectiva, basarse no sólo en el compromiso prestacional del poder público sino también, y aunque en diverso grado, en el compromiso personal del individuo de poner de sí todo lo conveniente para conseguir la integración que el poder público ha de propiciar. Los principios de solidaridad e igualdad social exigen que el conjunto de los ciudadanos (ciudadanos y personas residentes de larga duración) compartan una responsabilidad que es de todos y ponga los medios necesarios para posibilitar un acceso igualitario a las oportunidades y al ejercicio de los derechos sociales. Con esa finalidad, las diversas legislaciones en materia, europeas, regionales y autonómicas, en mayor o menor medida, prevén para los sujetos titulares o destinatarios de este tipo nuevo de prestaciones sociales su necesaria participación en programas y acciones de inserción, a través de convenios de contenido negociado. Este compromiso representaría para el individuo-sujeto jurídico la obligada expresión de su derecho a tomar parte activa en la vida social, su inserción en el sistema y no su dependencia del mismo. Igualmente, pone de manifiesto la necesidad que la sociedad tiene de su participación, garantizando de esta manera la igualdad de las partes intervinientes, según un imperativo inexcusable de la propia idea de ciudadanía social. Por ello, se entiende el derecho a la inserción como un derecho social que implica una combinación entre "derecho social" y "obligación jurídica", o en otros términos, un derecho social que incorpora la obligación jurídica instrumental (de los sujetos titulares y de los poderes públicos concernidos o intervinientes) al estatuto social, a diferencia del "derecho al trabajo" que incorpora el *status* al contrato de trabajo.

<sup>13</sup> Ampliamente, MONEREO PÉREZ, J.L.: *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, Granada, Ed. Consejo Económico y Social de España, 1996, Tercera Parte ("La crisis del Estado del Bienestar y la revisión de las políticas públicas"), págs. 183 y sigs.; MONEREO PÉREZ, J.L. y MOLINA NAVARRETE, C.: *El derecho a la renta de inserción. Estudio de su régimen jurídico*, Granada, Ed. Comares, 1999, págs. 25 y sigs.

<sup>14</sup> Sobre la significación de política del derecho de este precepto, puede consultarse, MONEREO PÉREZ, J.L. y MOLINA NAVARRETE, C.: "La cláusula transformadora: el principio de igualdad de oportunidades", en VV.AA.: *Comentario a la Constitución Socio-Económica de España*, Monereo Pérez, J.L., Molina Navarrete, C. y Moreno Vida, M.N.(Dir. y Coords.), Granada, Ed. Comares, 2002, págs. 131 y sigs.

## II. CARACTERIZACIÓN JURÍDICA DE LAS RENTAS DE SUBSISTENCIA

Ante el interrogante de cómo restablecer la condición de miembro de pleno derecho en la sociedad (que parte de la premisa de garantizar una existencia digna) caben distintas soluciones, que en parte han sido ya experimentadas, con mayor o menor intensidad (y con mayor o menor fortuna), en distintos países. Entre ellas nos encontramos con dos tipos ideales: las rentas mínimas de inserción o de integración (programa de ingresos clásicos condicionados); y renta básica o ingreso básico (programa de ingresos innovadoras incondicionadas). Estas figuras presentan puntos de conexión y diferencias específicas. Veámoslo brevemente.

En sus formas más evolucionadas las dos técnicas de protección enlazan con la conformación de un Estado del Bienestar Activo, comprometido con la participación de los individuos desde la libertad y la integración en todos los ámbitos de la vida social y económica. Una “forma-Estado” que impulsa el trabajo libremente elegido y de calidad, con derechos, en contraste con los Estados del Bienestar “pasivos” que se limitan a la dispensa de prestaciones, sin un apoyo eficaz a las políticas activas de empleo respetuosas con la libertad de elección y con el fomento de un empleo de calidad para las personas. A su manera, las RMI (como rentas activas de inserción) y la renta básica (como nivel básico de protección que permite la libre elección, acompañada de políticas públicas de fomento del empleo de calidad, independientes de la renta básica incondicionada). Ambos tipos de ingresos mínimos públicos son potencialmente (e incluso necesariamente) compatibles con políticas públicas de pleno empleo de calidad para todos los que estén en disposición de trabajar. Y, por tanto, tampoco resultan incompatibles con las políticas públicas que fomentan un empleo garantizado correspondiente al derecho al trabajo, es decir, la procura por parte del poder público de las condiciones de creación de empleo para todos y disfrutar de la oportunidad de hacer efectivo el derecho a un trabajo como compromiso por parte del Estado o poder público.

### A) La renta mínima de inserción

Esta fórmula de protección social atiende a las situaciones de exclusión social vinculadas al trabajo. La medida se aleja de las tradicionales técnicas de ayuda asistencialista y vienen a reconocer un derecho social condicionado y subsidiario en relación a los demás instrumentos de protección social pública. Se formaliza en un convenio de inserción donde el sujeto asume obligaciones jurídicas establecidas en un programa de inserción profesional. Con ello se trataría de buscar una solución integral al problema de la exclusión social. Por tanto, está sujeto a comprobación de ingresos o recursos del individuo y de la familia o unidad de convivencia; y está sometido a obligaciones de los sujetos beneficiarios.

La experiencia ha tenido una especial relevancia en España a través de la iniciativa desplegada por las Comunidades Autónomas al amparo formal de sus competencias en materia de asistencia social (Art. 148.1.20ª CE, relativo a la competencia de las Comunidades Autónomas en materia de “Asistencia social”) y la inacción deliberada del Estado en esta materia (salvo la figura próxima, pero de distinta configuración técnica como la Renta Activa de Inserción, en el marco de la protección por desempleo de la Seguridad Social). Esta técnica protectora no es una mera técnica de ayuda –va más allá de la lógica pasiva y estigmatizante de la asistencia social típica clásica-, pues configurada como derecho social combina, en una doble dimensión, el subsidio económico con las medidas de inserción laboral, las cuales son expresión de las políticas activas de empleo<sup>15</sup>. Con esta

<sup>15</sup> Puede consultarse MONEREO PÉREZ, J.L., y MOLINA NAVARRETE, C.: *El derecho a la renta de inserción. Estudio de su régimen jurídico*, Granada, Ed. Comares, 1999; *Ibid.*, “Un nuevo derecho social de ciudadanía: modelos normativos de rentas mínimas de inserción en España y en Europa”, en *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, núm. 45 (1998); VILA TIerno, F.: “Política de inserción laboral (I. Rentas Mínimas de Inserción)”, y GOERLICH PESET, J.M.: “Política de inserción laboral (II. Empresas de Inserción)”, ambos trabajos en VV.AA.: *Las políticas Activas de Empleo: Configuración y Estudio de su regulación jurídica e institucional*, Monereo Pérez, J.L., Fernández Bernat, J.A., López Insua, B.M. (Dir. y Coords.), Cizur Menor (Navarra), Ed. Thomson/Aranzadi, 2016, págs. 875 y sigs., y 895 y sigs., respectivamente. Para las políticas de activación garantista de la protección pública del empleo en la lógica del Estado

conceptualización general, las rentas mínimas de inserción o integración presente los siguientes rasgos caracterizadores:

1ª. No tienen una proyección subjetiva universal, pues se someten a requisitos de ingresos o de recursos, no solo individuales sino familiares; y además suelen fijar un límite mínimo de edad para su percepción (lo que puede desproteger a los jóvenes excluidos del mercado de trabajo y sobrecarga a las familias con insuficiencias en el nivel de recursos). Si las RMI se entienden como rentas mínimas de existencia no parece coherente este tipo de exclusiones por razón de la edad. También se cuestiona el carácter universalista de acceso y disfrute debido a que suele exigirse la residencia legal, aunque este requisito puede quedar flexibilizado por la simple exigencia de empadronamiento de las personas migrantes en situación administrativa irregular<sup>16</sup>.

Pero, además, podría encontrar un reconocimiento como zócalo mínimo en una Directiva en el Derecho Social de la Unión Europea. Un sistema de transferencias sociales para la Unión podría asumir una función legitimadora y adherente a la intensificación del proceso de construcción de una Europa unida basada en la garantía de los derechos sociales y en la superación del déficit democrático (Reténgase referida Resolución del Parlamento Europeo sobre rentas mínimas). La RMI tiene la virtualidad de ir más allá de un ingreso reparador y de compensación, pues incorpora la garantía de un derecho a la reinserción laboral, como garantía del derecho al trabajo, que –eso sí– está condicionada por la suscripción de un compromiso que impone obligaciones al sujeto beneficiario pero también a los poderes públicos. Es por tanto, un convenio que entraña obligaciones jurídicas para bilaterales, sujeto beneficiario y poderes públicos actuantes.

2ª. Presentan una estructura jurídica e institucional compleja en diversas vertientes. En primer lugar, tienen carácter individualizado (que incluye itinerarios personalizados de inserción laboral) que se formaliza a través de un convenio de inserción en virtud del cual el sujeto beneficiario adquiere deberes de conducta que condicionan la continuidad de las prestaciones (subsidios y servicios instrumentales que reciben, como, por ejemplo, formación profesional). En segundo lugar, el condicionante de un cierto nivel de recursos disponibles por el sujeto y la unidad familiar de pertenencia determina un penetrante control administrativo de los recursos disponibles en cada momento –casi obsesivo– (ejercido en nuestro Estado Social Autónimo a través de las Comunidades Autónomas<sup>17</sup>). Vista desde las dos perspectivas (control de los compromisos asumidos; control de recursos obtenidos dinámicamente), la RMI comporta un fuerte *control público social* de los comportamientos del sujeto beneficiario de las medidas económicas y pro-activas que se consagran en la RMI. Un control que es instrumental, pero que también presenta consecuencias negativas. La tecnología de los informes al respecto sobre las familias o unidades de convivencia, puesta a punto por el sistema público, puede convertirse fácilmente en una fórmula extensiva de control social, cuyas agentes están dirigidos por instancias enmarcadas en la red administrativa y disciplinaria del Estado o poder público.

3ª. Las RMI es sin duda un derecho social de desmercantilización (como son todos los derechos sociales a prestaciones positivas)<sup>18</sup>, pero es un derecho que no tiene exclusivamente una dimensión individual, sino también “colectiva”, pues normativamente está referido a la “unidad familiar” entendida de manera amplia y flexible (uniones de hecho, familia monoparental, unidad

del Bienestar “activo”, puede consultarse, MONEREO PÉREZ, J.L.: “El sistema español de protección por desempleo: Eficacia, equidad y nuevos enfoques”, y LÓPEZ INSUA, B.M.: “La renta activa de inserción como instrumento de lucha contra la exclusión social”, en VV. AA.: *La Protección por desempleo en España. XII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, Murcia, Ed. Laborum, 2015, págs. 125 y sigs., y 385 y sigs., respectivamente.

<sup>16</sup> Véase VV.AA.: *Comentario a la Ley y al Reglamento de Extranjería, Inmigración e Integración Social*, Monereo Pérez, J.L., Fernández Avilés, J.A. y Triguero Martínez, L. (Dirs. y Coords.), Granada, Ed. Comares, 2012; VV.AA.: *Refugiados y asilados ante el modelo social europeo y español. Estudio técnico-jurídico y de política del derecho*, Monereo Pérez, J.L. (Dir.), Triguero Martínez, L. (Coord.), Granada, Ed. Comares, 2017; MIÑARRO YANINI, M.: *La dimensión social del Derecho de asilo. El estatuto de garantías de integración socio-laboral de los 'refugiados'*, Albacete, Ed. Bomarzo, 2018.

<sup>17</sup> Puede consultarse, MONEREO PÉREZ, J.L. y DÍAZ-AZNARTE, T.: *El Estado Social Autónimo*, Albacete, Ed. Bomarzo, 2008, págs.44 y sigs.

<sup>18</sup> MONEREO PÉREZ, J.L.: *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, Madrid, Ed. CES, 1996, págs. 45 y sigs.

de convivencia o dependencia económica, etc.). El reconocimiento y cuantía se dirige a los hogares, se focaliza a la unidad familiar o de convivencia y no tanto individualmente. Este enfoque difumina y desdibuja la idea de un verdadero derecho subjetivo individual. Puede, así, que paradójicamente haya pocos incentivos para formar una unidad familiar o unidad de convivencia.

Se sitúa en la lógica propia del garantismo jurídico e institucional, que no se limita a proclamar los derechos como principios sino que trata de garantizarlos normativamente<sup>19</sup>, asumiendo la doble función de garantía de ingresos y de inserción laboral (y por tanto directamente vinculada a la realización del derecho al trabajo).

4ª. La RMI es un derecho social condicionado, paradójicamente en lo que se supone su función o finalidad proactiva, porque, en efecto, el sujeto protegido ha de suscribir un convenio de inserción, en virtud del cual se asumen obligaciones jurídicas –como contrapartidas condicionantes de “activación”–, cuyo incumplimiento puede determinar la suspensión o pérdida del subsidio económico. El incumplimiento de estas obligaciones jurídicas determina, pues, un control sancionador que incide sobre el disfrute de las prestaciones económicas del sujeto titular, beneficiario o destinatario de la medida. Se trata de deberes públicos anudados al derecho social de prestación pública<sup>20</sup>. Sin embargo, cabe decir, críticamente, que se debería insistirse más en la denominada “activación objetiva” a cargo del poder público actuante para garantizar una empleabilidad positiva (en garantía de un verdadero derecho a la reinserción profesional), que sobre la llamada “activación subjetiva” que incumbiría exclusivamente al sujeto titular, beneficiario o destinatario de la medida de protección social.

En términos de conjunto, este instituto de protección social está preordenado típicamente a la garantía de integración a través de la inserción laboral, en la lógica de entender el trabajo como el factor más relevante de integración y participación en la sociedad de pertenencia. La idea de fin del trabajo y del trabajo como un valor en extinción no se sostiene en la práctica, más bien se asiste a la emergencia constante de nuevas formas de trabajo<sup>21</sup>. No está pensado como derecho social a la integración social fuera de la inserción en el mercado de trabajo. Y esta fuerte orientación “empleativa” muestra los límites de la medida de protección social en una sociedad en la que se acentúa la realidad del trabajo como bien escaso, y en la cual la precariedad laboral está deviniendo –por el momento– como un elemento estructural de modelo contratación y organización flexible del trabajo profesional, tanto por cuenta ajena como por cuenta propia (éste en expansión en sus diversas manifestaciones).

La fórmula de las RMI puede estar organizada a nivel nacional (renta mínima garantizada nacional) o a un nivel descentralizado (renta mínima garantizada a nivel regional, federal o de Comunidad Autónoma). Las RM de “primera generación” están dirigidas mayormente a las situaciones de pobreza y tratan de satisfacer necesidades vitales de las personas –o más exactamente familias– sin recursos. Este modelo de ingreso mínimo, evoluciona históricamente dando un salto cualitativo en distintos países hacia una RMI de “segunda generación”, que trata de afrontar el problema devenido en estructural de la nueva pobreza y las situaciones de exclusión social (normalmente vinculadas a la falta de trabajo o a un trabajo precario que no libera de la pobreza). Se pretende luchar contra la pobreza y las situaciones de exclusión social en el marco de

<sup>19</sup> Para la distinción entre declaraciones y garantías, puede consultarse MONEREO PÉREZ, J.L.: “La Carta comunitaria de derechos sociales fundamentales de los trabajadores” (I) y (II), en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, Civitas, núms. 56-57 (1992-1993), núm. 57 (1993), espec., págs. 85 y sigs.; Ibid., «Genealogía de las Declaraciones de Derechos y su significación político-jurídica», estudio preliminar a JELLINEK, G.: *La declaración de los Derechos del Hombre y del ciudadano*, Granada, Ed. Comares, 2009. Para el garantismo jurídico moderno y el modelo normativo de Derecho propio del Estado Social de Derecho, véase FERRAJOLI, L.: *Derechos y garantías. La ley del más débil*, trad. P. Andrés Ibañez y A. Greppi, Madrid, Ed. Trotta, 1999; Ibid., *Principia iuris. Teoría del derecho y de la democracia*. 1. Teoría del derecho, trad. J. C. Bayón, P. Andrés Ibañez, A. Ruiz Miguel, L. Prieto Sanchís, Madrid, Ed. Trotta, 2ª ed., 2016.

<sup>20</sup> Puede consultarse, MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C.: *El derecho a la renta de inserción*, cit., págs. 338 y sigs.

<sup>21</sup> RIFKIN, J.: *El fin del trabajo. El declive de la fuerza del trabajo global y el nacimiento de la era posmercado*, Barcelona, Ed. Paidós, 1996; MÉDA, D.: *El Trabajo: Un valor en peligro de extinción*, Barcelona, Ed. Gedisa, 1998.

una estrategia que combina los subsidios con las medidas orientadas a la inserción profesional. Los subsidios pueden ser de diferente cuantía, previa comprobación de recursos, e incorporaran políticas activas de empleo encaminadas a la reinserción profesional<sup>22</sup>.

En España, la RMI o renta garantiza podría tener su encaje en el art. 41 de la Constitución, como un derecho dentro de un sistema evolucionado de Seguridad Social (Seguridad Social Asistencialista), es decir una prestación no contributiva de la Seguridad Social. Sin embargo, no ha habido voluntad política para implantarlo por esa vía. Ha sido obra de las Comunidades Autónomas la implantación en sus respectivos territorios de dispositivos de rentas o ingresos mínimos de inserción o de integración. Y lo han hecho al amparo de su competencia en materia de asistencia social (art. 148. 1.20ª CE). De este modo, se ha dado lugar a distintos modelos heterogéneos y con manifiestas desigualdades y deficiencias planteadas por gran parte de la doctrina. En un debate abierto, actualmente se postula una creación de una RMI en el ámbito estatal y en el marco del sistema de Seguridad Social utilizando el cauce competencial del art. 149.1.17ª CE. Y no sólo para garantizar la racionalización del sistema desvertebrado actual, sino también para garantizar el principio de igualdad y la mejora de la calidad de las prestaciones dispensadas (pues el modelo descentralizado por CCAA ofrece limitaciones e insuficiencias palpables para abordar de la raíz el problema de la cuestión social de la pobreza y la exclusión social) para luchar contra las situaciones de pobreza y de exclusión social.

## B) La renta básica garantizada o ingreso básico de ciudadanía

Muchas de las limitaciones que presenta la institución de la RMI (junto con las limitaciones e insuficiencias intrínsecas detectadas en los tradicionales sistemas existentes basados en las técnicas de ayuda social, como las prestaciones no contributivas y las prestaciones y servicios asistenciales) subyacen al nuevo impulso reformista social renovado hacia la instauración de una medida que tiene un amplio trasfondo histórico, como es la llamada renta básica (también denominado ingreso básico)<sup>23</sup>. Toda vez que comparte el objetivo general de garantizar una renta de subsistencia digna que cree las condiciones materiales para la integración y la participación social de las personas. Pero presenta de inicio la diferencia específica de que se configura como un derecho social estrictamente individual, incondicionado y de carácter universalista al proporcionar una renta a todos los ciudadanos y residentes de larga duración en el ámbito de una determinada comunidad o unidad política definida. Se afirma que superaría los límites de las medidas protectoras propias de las técnicas y programas tradicionales del Estado Social de Derecho, evitarían las trampas de la pobreza, la exclusión social y el desempleo, la estigmatización de las medidas asistenciales de ayuda, su carácter preventivo, el empoderamiento de la persona respecto a su posición en el mercado de trabajo, y asimismo su carácter redistributivo más conforme con la idea de justicia social.

Los rasgos caracterizadores de esta nueva forma de renta de subsistencia (al servicio del derecho a la existencia digna) muestran las diferencias específicas respecto a la medida de la RMI:

1º. Su identificación. La renta básica o ingreso básico es un “ingreso pagado por el gobierno a cada miembro pleno de la sociedad a) incluso si no quiere trabajar, b) sin tener en cuenta si es rico o pobre, c) sin importar con quien vive y d) con independencia de la parte del país en la que viva”<sup>24</sup>. Esta definición deja constancia de la universalidad, su incondicionalidad y su carácter indiferenciado respecto a cualquier tipo de trabajo. Es un derecho social de integración, pero que

<sup>22</sup> Véase MONEREO PÉREZ, J.L., MOLINA NAVARRETE, C.: *El derecho a la renta de inserción*, cit.; GARCÍA ROMERO, B.: *Rentas mínimas garantizadas en la Unión Europea*, Madrid, CES, 1999.

<sup>23</sup> El trasfondo histórico es verificable en la propuesta de autores clásicos como Thomas Paine, Henry George, etcétera. Véase MONEREO PÉREZ, J.L.: “Pobreza, trabajo y exclusión social en la larga duración: una reflexión crítica a partir de Henry George”, en revista *Documentación Laboral*, núm. 83 (2008), págs. 11-109; VAN PARIJS, PH. y VANDERBORGHT, Y.: *Ingreso básico. Una propuesta radical para una sociedad libre y una economía sensata*, trad. Laura Lecuona y Maia F. Miret, México, 2017, págs. 99 y sigs.; REY PÉREZ, J.L.: *El derecho al trabajo y el ingreso básico ¿Cómo garantizar el derecho al trabajo?*, Madrid, Ed. Dykinson, 2007, págs. 239 y sigs.; PISARELLO, G. y DE CABO, A. (eds.): *La renta básica como nuevo derecho ciudadano*, Madrid, Ed. Trotta, 2006.

<sup>24</sup> VAN PARIJS, PH.: *Libertad real para todos*, trad. Francisco Álvarez, Barcelona, Ed. Paidós, 1996, pág. 56.



tiene la virtualidad de que no se materializa necesariamente ni a través del fomento del trabajo ni del trabajo garantizado. Aunque, evidentemente, es compatible con la consecución de tales objetivos mediante otros instrumentos de intervención pública en las relaciones de mercado.

A través de ella se realizaría un principio de justicia social redistributiva y se trataría de hacer frente a la creciente desestructuración del trabajo, la precariedad y el amenazante riesgo de la exclusión social, de personas que van quedando en la periferia de la sociedad, en un proceso de discriminación negativa y de desafiliación social<sup>25</sup>. La renta básica sería un derecho social que se constituye en una condición necesaria para el ejercicio del conjunto de los derechos fundamentales de la persona. Garantizaría una seguridad económica frente a los riesgos y la inseguridad de la vida. Pero garantiza ante todo una *libertad real para todos*, pues empodera a las personas frente a los poderes insaciables del mercado y frente a los propios poderes políticos<sup>26</sup>. La renta básica puede tener la virtualidad de política jurídica de actuar como contrapoder social en la dirección de una “ciudadanía de los poderes” y no solo de los derechos garantizados desde el punto de vista jurídico-formal, sino precisamente con apoyo en los mismos. Y es que la “modernidad liberal restringida” llevó a cabo una concepción muy restrictiva de la ciudadanía, excluyendo durante largo tiempo de la ciudadanía real y efectiva a gran parte de la población de presente en la sociedad<sup>27</sup>.

Actualmente existe una inseguridad crónica que se caracteriza principalmente por la incertidumbre que no puede ser afrontada a través de los mecanismos de anticipación propios de las situaciones de riesgo. La incertidumbre neutraliza la resiliencia, esto es, la capacidad del individuo de enfrentarse a, compensar y recuperarse de los shocks (eventos adversos no elegidos) y los azares (eventos habituales de la vida diaria que traen costes y riesgos, como el matrimonio, el nacimiento de un niño o la muerte). A diferencia de los riesgos que son previsibles y calculables (como lo hacen los programas típicos de Seguridad Social clásicos en las tradiciones de William Beveridge y Otto von Bismarck), la incertidumbre no puede serlo de igual manera. De ahí que la renta básica podría tener un efecto de seguridad frente a un entorno cada vez más caracterizado por la incertidumbre<sup>28</sup>. Enmarcada en el principio de justicia social la renta básica tendría un visible encaje en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y ya desde la misma Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, cuando en ella se afirma en su art. 25 que: “ Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar...”

<sup>25</sup> Véase, al respecto, CASTEL, R.: *La discriminación negativa*, trad. A. Martínez-Riu, Barcelona, Ed. Hacer, 2010; *Ibid.*, *El ascenso de las incertidumbres*, Buenos Aires, FCE, 2010; MONEREO PÉREZ, J.L.: *Los orígenes de la Seguridad Social en España. José Maluquer y Salvador*, Granada, Ed. Comares, 2007; *Ibid.*, “Los (pre)supuestos histórico-institucionales de la Seguridad Social en la constitución social del trabajo”, VV.AA.: *Orígenes del contrato de trabajo y nacimiento del Sistema de Protección Social*, Rojas Rivero, Gl. (Coord.), Albacete, Ed. Bomarzo, 2012, págs. 203-328, espec., págs. 271 y sigs. [“La “tercera modernidad” o “postmodernidad” y la revisión del modelo de protección pública frente a los riesgos sociales. De la “sociedad aseguradora” a la “sociedad del riesgo”. Las nuevas necesidades y técnicas emergentes. De la Seguridad Social “pasiva” a la “activa” (Estado Social Activo)], con referencia a las rentas mínimas. En particular, respecto a la justificación de la renta básica en la justicia social, véase STANDING, G.: *La renta básica. Un derecho para todos y para siempre*, Epílogo de Daniel Raventós y Davide Casassas, Barcelona, Ediciones de Pasado y Presente, 2018, págs. 29 y sigs.

<sup>26</sup> No es de extrañar que la defensa de la instauración de una renta básica por autores de distintas tradiciones de pensamiento. Para su fundamento desde una teoría de la justicia, véase VAN PARIJS, PH.: *Libertad real para todos (qué puede justificar el capitalismo si hay algo que pueda hacerlo)*, trad. Francisco Álvarez, Barcelona, Ed. Paidós, 1996; FERRAJOLI, L.: *La democracia a través de los derechos. El constitucionalismo garantista como modelo teórico y como proyecto político*, trad. P. Andrés Ibañez, Madrid, Ed. Trotta, 2014, págs. 199 y sigs.

<sup>27</sup> Para la complementaria e interdependencia de la “ciudadanía de los derechos” y la “ciudadanía de los poderes”, puede consultarse ampliamente, MONEREO PÉREZ, J.L.: *Derechos sociales de la ciudadanía y ordenamiento laboral*, Madrid, Ed. Consejo Económico y Social de España, 1996, espec., págs. 166 y sigs.

<sup>28</sup> STANDING, G.: *La renta básica. Un derecho para todos y para siempre*, Epílogo de Daniel Raventós y Davide Casassas, Barcelona, Ediciones de Pasado y Presente, 2018, pág. 78; y para la distinción entre incertidumbre y riesgos sociales, BECK, U.: *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, Barcelona, Ed. Paidós, 1998; LUHMAN, N.: *Sociología del riesgo*, México, Universidad Iberoamericana, 3ª ed., 2006, espec., págs. 79 y sigs.

Se parte, pues, de la idea de que los actuales sistemas de protección social del Estado del Bienestar son insuficientes para abordar esta *nueva cuestión social planteada por la “sociedad del riesgo”*<sup>29</sup> y la creciente incertidumbre que dificulta la prevención necesaria bajo el prisma tradicionalmente predispuerto por esta forma política específica y diferenciada de atender “lo social” (Basta reparar en el carácter condicionado de los programas y medidas de protección social actualmente existentes; la trampa de la pobreza y del desempleo que conduce a la exclusión social por el trabajo, los aspectos negativos en la perspectivas de género, los límites para realizar políticas preventivas de la situaciones de pobreza y exclusión social, el carácter estigmatizador de las ayudas, lo que suele afectar negativamente a la dignidad de la persona/familia o unidad de convivencia concernida, porque en el fondo son las familias en sentido amplio las que reciben las ayudas no contributiva o asistenciales). El problema es de adaptación del Estado Social de Derecho a un contexto profundamente cambiado en todos los ámbitos económicos, sociales, laborales, familiares y culturales. Por tanto, no se trata tanto de renunciar a las aportaciones institucionales civilizatorias de esta “forma Estado”, sino de que se renueve en una dirección proactiva capaz de responder a los nuevos desafíos que plantea la protección e integración social de las personas. Si el modelo de sociedad va cambiando, el modelo de protección social ha de hacerlo también, pero no mecánicamente sino impulsando aquellas orientaciones que en cada momento son democráticamente formuladas por gozar del consenso en la sociedad. Esa renovación sí implicaría una racionalización del sistema heterogéneo y en gran medida caótico de las prestaciones no contributivas y asistencias dispensadas por el Estado central y las Comunidades Autónomas.

Se aduce igualmente que la garantía de la renta básica contribuiría a una mayor desmercantilización del trabajo humano e incrementaría una esfera autónoma que no podría reducirse al mercado ni a la decisión de los sucesivos gobiernos estatales<sup>30</sup>.

Su implantación (como, en el fondo, también lo es la posibilidad –aquí defendida- de instaurar un sistema *estatal* de rentas mínimas de inserción homogéneo para todo el Estado Social Autonómico) depende de una decisión esencialmente política, aunque condicionada económicamente por la garantía de su viabilidad en cada momento.

2º. Carácter básico. Se trata de proporcionar una seguridad económica básica, capaz de hacer posible que el individuo pueda tener una vida digna, no de mera subsistencia vital. Pero no se trata de una seguridad total, ni, es obvio, de garantizar la abundancia de recursos, que en esos términos no sería ni factible ni deseable<sup>31</sup>. Tiene que ver con el principio de suficiencia para garantizar tanto la vida digna como una participación real, efectiva, en la sociedad o comunidad política de residencia o pertenencia. Lo cual implica que se recibiría un ingreso por encima del nivel mínimo de superación de la pobreza extrema y en el umbral histórico que sea económicamente sostenible (viable), sobre todo teniendo en cuenta que la renta básica debería estar, en principio, en condiciones de reemplazar a todas –a la inmensa mayoría- de las prestaciones públicas no contributiva y las estrictamente asistenciales.

3º. La renta básica es una prestación en metálico y no en especie; es un ingreso en efectivo. Lo cual no excluye –desde luego- la dispensa de prestaciones complementarias de servicios. El ingreso en metálico confiere mayor libertad real a sujeto beneficiario. Como tal debería atenderse al principio de suficiencia que queda subyacente (casi explicitado) en el carácter “básico” de la medida, como referido no tanto a la cobertura de necesidades primarias del sujeto titular, sino como haciendo referencia a los mínimos necesarios en cada momento para garantizar una vida digna y autónoma de la persona.

<sup>29</sup> BECK, U.: *La sociedad del riesgo. Hacia una nueva modernidad*, Barcelona, Ed. Paidós, 1998.

<sup>30</sup> VAN PARIJS, PH. y VANDERBORGHT, Y.: *Ingreso básico. Una propuesta radical para una sociedad libre y una economía sensata*, trad. Laura Lecuona y Maía F. Miret, México, 2017, pág. 170.

<sup>31</sup> STANDING, G.: *La renta básica. Un derecho para todos y para siempre*, Epílogo de Daniel Raventós y Davide Casassas, Barcelona, Ediciones de Pasado y Presente, 2018, pág. 13.

4°. Se trata de un ingreso que se materializa en pagos sucesivos o periódicos. No se trataría de un pago único que se entregara de una sola vez al sujeto protegido. Es decir, se ingresa con una periodicidad regular (normalmente mensual, pero podría tener otros intervalos de regularidad).

5°. Se trata de un derecho social individual que se paga al sujeto titular. En cuanto derecho estrictamente individual que se otorga en calidad de miembro de la comunidad política, el criterio de la familia o de la unidad familiar no cuenta en sí mismo para el reconocimiento y atribución de los ingresos correspondientes. Por tanto, se trata de un ingreso desvinculado de cualquier tipo de familia o unidad familiar. No atiende al estatuto familiar o de convivencia del individuo con otras personas. Tampoco atiende al estatus económico o financiero ostentado por la persona beneficiaria. La renta básica es un derecho social de ciudadanía que realiza los valores de la igualdad material y de la solidaridad. Su garantía como nuevo derecho social de integración representaría un giro la trayectoria renovadora del Estado Social de Derecho. Evidenciando la indivisibilidad de los derechos fundamentales, la renta básica es un instrumento de la libertad real, no meramente formal, y para todos, no sólo para una minoría. No se ingresa al cabeza de familia, como subsidio para todos los miembros, sino que se le abona individualmente a cada miembro adulto de la familia; y nótese que pudiendo contribuir entre todos al sostén de la familia o unidad de convivencia; afectando, así, a la distribución del poder dentro de la familia; en los programas de protección social ya existentes de RMI, la cantidad a la que un individuo tiene derecho depende de la composición de su hogar; no es así en la renta básica<sup>32</sup>.

6°. La renta básica es abonada por un poder público. Lo que hace visible que se trata de un típico derecho social de desmercantilización que garantiza un nivel de vida, de bienestar, con independencia del poder contractual del individuo en el mercado. No se trata de un derecho “de clase”, de “grupos” o de “categorías” de individuos en atención a su situación o posición en la estructura de la sociedad de pertenencia. El poder público puede ser un Estado nacional, centralizado o compuesto (Estado federal, de Comunidades Autónomas o de Regiones...); o en hipótesis supranacional, como sería su instauración factible en la Unión Europea (entendida como Unión *Social* Europea), como garantía de ingresos básicos<sup>33</sup>.

7°. El carácter universalista de la renta básica hace referencia a que se reconoce a todos los miembros de la comunidad política de referencia, sean ciudadanos o residentes que acrediten un tiempo mínimo de permanencia y cualquiera que sea su condición de sexo, edad, situación social, etcétera. En cierta medida este rasgo llama también a su carácter tendencialmente uniforme para todos, y en necesario ajuste siempre revisable como condición necesaria para cumplir función jurídica e institucional. Como condición mínima, pues, a todo residente habitual de una comunidad política. Interesa destacar que no existe nada parecido a una redistribución a la inversa por el hecho de que las personas ricas o con más recursos la perciban, porque éstos deberán de abonar los correspondientes impuestos progresivos y por tanto con eficacia redistributiva. La renta o ingreso básico podría ser sostenible predisponiendo los impuestos que se requieren para financiarla<sup>34</sup>.

8°. La incondicionalidad es una característica inherente a esta figura y uno de los aspectos que se apartan del tipo de transferencias de rentas que están previstas en el diseño tradicional de los Estados Sociales bajo la forma evolucionada de Estados del Bienestar. La renta básica no exigiría acreditar la carencia de recursos mínimos o suficientes para una vida digna (comprobación de recursos o de renta –previa o sobrevinida después de su concesión– que en el sistema de ayudas

<sup>32</sup> VAN PARIJS, PH. y VANDERBORGHT, Y.: *Ingreso básico. Una propuesta radical para una sociedad libre y una economía sensata*, trad. Laura Lecuona y Maia F. Miret, México, 2017, págs. 17 y sigs.

<sup>33</sup> Esta propuesta de una renta o ingreso básico en el marco político institucional de la Unión Europea ha sido realizada desde hace tiempo. Así, VAN PARIJS, P. y GENET, M.: “Eurogrant”, *Basic Income Research Group Bulletin*, núm. 15 (1992), págs.4-7; *Ibid.*, “Ingreso universal y pleno empleo. La alianza inevitable”, en *Papeles de la FIM*, núm. 7 (1996), págs. 29-39.

<sup>34</sup> VAN PARIJS, PH. y VANDERBORGHT, Y.: *Ingreso básico. Una propuesta radical para una sociedad libre y una economía sensata*, trad. Laura Lecuona y Maia F. Miret, México, 2017, págs. 177 y sigs.

otorgadas por los sistemas clásicos de protección social están además vinculadas al conjunto de los recursos disponibles de la unidad familiar o unidad de convivencia, pues tienen una dimensión finalista “familiarista”; dimensión, ésta, que está ausente de la institución de la renta básica). La incondicionalidad comporta la no exigibilidad de obligaciones laborales y, en consecuencia, no depende de la disponibilidad de trabajar ni obligación de formarse “para” el trabajo. En este sentido no exige contrapartidas por parte del sujeto titular, beneficiario o destinatario. Es decir, no se exigirían condiciones de comportamiento o conducta del sujeto, como, por ejemplo, compromiso de actividad o de formación, puesta a disposición para trabajar, pues su pago está incondicionado respecto de toda obligación o deber de trabajar.

9°. Tiene un carácter permanente como derecho social que garantiza un derecho a la existencia digna durante toda la vida de la persona, aunque siempre sometida de los principios de decisión en un sistema democrático.

10°. La complementariedad de la renta básica con la percepción de pensiones contributivas, públicas o privadas, y con carácter subsidiario respecto de las prestaciones económicas contributivas de la Seguridad Social (por ejemplo, por incapacidad temporal y el subsidio de desempleo del nivel contributivo), porque no tienen un carácter sustitutivo respecto de éstas que se otorgan en razón a determinadas circunstancias concurrentes específicas (situaciones de necesidad relevantes para el sistema público o para los sistemas privados, en su caso). Si tendría el efecto sustitutivo de las prestaciones no contributivas y asistenciales, basadas en la técnica de ayuda para garantizar precisamente una renta de subsistencia mínima del sujeto –y normalmente de su posible unidad familiar de inserción-. Ahora bien: su reconocimiento sí excluiría, por ejemplo, las prestaciones *no* contributivas por desempleo, por jubilación, por incapacidad permanente, por muerte y supervivencia. Pero no las prestaciones económicas por dependencia que van más allá de la idea de subsistencia y atiende a la necesidad del cuidado de una tercera persona y técnicas especializadas.

En relación a esto, conviene señalar que la renta básica no exige el advenimiento de una contingencia determinante o situación de necesidad que haya que reparar mediante un sistema de prestaciones que la exigen como premisa del supuesto de hecho. La renta básica por su propia lógica sólo se garantiza con base a la condición de miembro de la comunidad política (en un determinado espacio territorial y geopolítico), y por ello tiene un efecto preventivo *ex ante* (señaladamente, de las situaciones de pobreza y exclusión social frecuentemente atendidas desde sistema públicos de prestaciones no contributivas o asistenciales; pues evidentemente, los sistemas privados no resultan apropiados para atenderlas), el cual contrasta con la dimensión reparadora *ex post* de las prestaciones clásicas de los distintos instrumentos predisuestos en el marco en los Estados del Bienestar contemporáneos.

11°. Carácter preventivo. Es necesario subrayar que la renta básica es un derecho social universalista que actúa preventivamente “ex ante”, mientras que la RMI y otras técnicas de protección análogas basadas en la técnica de ayuda suelen actuar “ex posterior”, esto es, cuando ya se ha producido la contingencia que hay que reparar. No obstante, evoluciona hacia la renta de solidaridad social asumen también –desde su propia peculiaridad- ese carácter preventivo, aunque de manera más incompleta.

C) De la Renta mínima a la renta básica ¿Es deseable y viable su implantación? Aceptando necesarias situaciones transitorias (una “condicionalidad transitoria”)

A partir de la implantación de una RMI multinivel en el ámbito de la Unión Europea (nivel nacional y nivel comunitario) podría caminarse a un planteamiento más utópico ciertamente –que evidentemente no significa inviable- de instaurar formas de transición hacia una renta básica sin dismantelar el Estado del Bienestar (incluidas todas las prestaciones contributivas, prestaciones de dependencia y servicios públicos de contenido social...). La renta básica supondría establecer un suelo o nivel básico de un nuevo sistema de distribución de los recursos, a partir de la cual se mantendrían los sistemas contributivos de protección social pública (señaladamente, las

prestaciones de Seguridad Social contributiva). Su implantación permitiría subvenir a los déficits de cobertura que actualmente ofrecen los sistemas públicos de protección y Seguridad Social en un contexto de economías abiertas y flexibles y con una marcada tendencia estructural hacia la desestructuración y precarización laboral; y no puede garantizarse sin fisuras que pueda llevarse a cabo de manera generalizada políticas de pleno empleo de calidad o decente (estable, justamente remunerado, y con plenitud de derechos individuales y colectivos). En cualquier caso, ello no supondría renunciar a la realización del derecho al trabajo de todas las personas que lo deseen y estén en condiciones de trabajar, de manera que continuarían estando vigentes (y eficaces en términos jurídicos y también de eficacia social) las normas internacionales que garantizan el derecho al trabajo y su materialización a través de una política orientada al pleno empleo de calidad (trabajo decente o digno de la persona que trabaja)<sup>35</sup>. La renta básica conferiría una precondition para autenticar y ejercer el derecho a trabajar libremente. Pero más aún: es una garantía de libertad para trabajar o no hacerlo, y ante todo para tomar decisiones con libertad sobre los asuntos que interesan a la vida política y social y a la trayectoria individual y convivencial (incluidas, la opción por formar una familia o por las diversas formas de unidades de convivencia).

La instauración de la renta básica, como nuevo pilar de un nuevo sistema de distribución de la renta, exigiría un largo proceso de transición y ante todo de experimentación<sup>36</sup>. Es difícil pensar en una implantación inmediata y generalizada *erga omnes* sino se realizar en el marco de una transformación del modelo de organización y gestión pública de “lo social”; y no parece nada fácil que se puedan instaurar sin más en un solo país de la Unión. En el caso de los países de la UE lo lógico sería su instauración a través de una intervención armonizadora de mínimos (y, por tanto, a nivel del ordenamiento jurídico comunitario), lo cual remite al instrumento normativo de la Directiva-Marco como mecanismo flexible de aproximación y convergencia en el espacio social europeo.

En el caso de España, al igual que ocurre en otros países europeos, habría que caminar hacia una decidida implantación de un sistema nacional de RMI, superando la heterogeneidad y aporías del modelo desvertebrado actualmente existente. Será después cuando, acaso, pueda pensarse en profundizar ese modelo nacional de RMI hacia la lenta experimentación de fórmulas análogas o próximas a la renta básica en sentido estricto, tal y como anteriormente se conceptualizado y delimitado anteriormente. Y ese largo camino a recorrer sólo evidenciando que las técnicas de ayudas proactivas *ex post* (RMI) son incapaces para afrontar el problema de la nueva cuestión social generada por la desestructuración del trabajo, la precariedad laboral, la tercerización de la economía, etcétera; circunstancias, éstas, que aconsejarían el establecimiento de medidas *ex ante* de carácter más preventivo (como sería el caso de la renta básica).

Para España se ha planteado una alternativa de financiación que implicaría un amplio proceso de redistribución de renta de los sectores más ricos o con más recursos al resto de la población a través de la utilización instrumental de diversos tipos impositivos y de reformas que podrían suponer la supresión en distinta intensidad de prestaciones no contributivas o de carácter asistencial que sería innecesarias al instituir el sistema nacional de rentas básicas. De esta manera,

<sup>35</sup> Como lo consagran el art. 23 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos: el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1966; o la OIT en su Convenio sobre la Política de Empleo, núm. 122 (1964), y en su Declaración para una globalización equitativa de 2008; pero también los instrumentos de Derecho Internacional Regional Europeo, como la Carta Social Europea Revisada de 1996; y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (CDFUE); Véase MONEREO PÉREZ, J.L.: “Derecho al Trabajo (Artículo 1 de la Carta Social Europea)”, y MONEREO PÉREZ, J.L. y LÓPEZ INSUA, B.M.: “Derecho a unas condiciones equitativas (artículo 2)”, ambos en VV.AA.: *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea*, Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.), Granada, Ed. Comares, 2017, págs. 361 y sigs., y 395 y sigs., respectivamente; *Ibid.*, “La garantía internacional del derecho a un “trabajo decente”, en *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 177 (2015), págs. 27-72. Resulta de interés en este contexto, la llamada “Carta de los Derechos Humanos Emergentes”, Institut de Drets Humans de Catalunya, Barcelona, 2004, elaborada por un grupo de expertos.

<sup>36</sup> VAN PARIJS, PH. y VANDERBORGHT, Y.: *Ingreso básico. Una propuesta radical para una sociedad libre y una economía sensata*, trad. Laura Lecuona y Maia F. Miret, México, 2017, págs.227 y sigs.

en el largo camino hacia su implantación la renta básica se enmarcaría en una renovada política económica que permitirá garantizar la existencia material de toda la población, con lo que ello supone de realización de la justicia social pero también de nuevas razones para alcanzar una mayor legitimación política del sistema establecido que la instaure (incluida la UE, con el estigma persistente todavía de su déficit democrático). Son dos buenas razones para actuar<sup>37</sup>. Es decir una doble estrategia de incremento de los ingresos, por un lado, y de racionalización del sistema de prestaciones actualmente existentes en el cuadro del Estado del Bienestar<sup>38</sup>.

Con todo, la renta básica –como derecho de ciudadanía social- estaría orientada a garantizar una efectiva integración o inserción social<sup>39</sup>, atendiendo a razones democratizadoras, pero también a políticas de orden, pues el mundo será un lugar muchos más peligroso si no se logra la integración social. Debe, no obstante, hacer referencia a los riesgos que la renta básica o asignación universal (que, como se ha dicho, consiste en el pago de un ingreso mínimo a todas las personas, atendiendo al vínculo de ciudadanía con independencia de toda contribución productiva y condicionalidad de ingresos) pueda tener, pues paradójicamente puede que permita eximir al mercado de toda obligación social, ya que si cada individuo goza de un mínimo de renta garantizada, es posible pensar que pueda aceptar –o verse obligado a ello- un empleo precario, que se sitúe en una situación de subempleo o en una situación salarial próxima a la pobreza relativa. La renta básica permitiría disociar el estatuto protector del estatuto jurídico del trabajo<sup>40</sup>. En cierto modo se estaría cerca del modelo de Estado Social “Paineano”<sup>41</sup>, que permitiría constituir un fondo para pagar incondicionalmente un ingreso uniforme a todos los miembros de la sociedad, el cual va más allá de la solidaridad tratando de poner en práctica el valor de la equidad. En esa lógica discursiva, la renta básica permitiría afrontar no sólo las situaciones de pobreza clásicas sino más precisamente el fenómeno de la exclusión social, el cual incluye el carácter multidimensional de los mecanismos por los que las personas y grupos se encuentran excluidos de la participación de las prácticas propias de la participación activa en la vida social y política. La noción de exclusión social engloba las causas y los efectos de la nueva pobreza, consecuencia de los cambios estructurales de las economías y de las estructuras sociales contemporáneas.

Quizás la única manera de evitar este peligro de “heterogonía” de los fines<sup>42</sup> de la medida de la renta básica sea buscar mecanismos adicionales y complementarios que prioricen las políticas de activas de pleno empleo garantizado por la intervención sistemática de los poderes públicos, quedando garantizado el derecho a la renta básica como medida complementaria y no sustitutiva de la obligación de los poderes públicos de garantizar las condiciones idóneas o apropiadas para que todas las personas que lo deseen tengan un empleo de calidad.

<sup>37</sup> En el sentido postulado por SEARLE, J.R.: *Razones para actuar. Una teoría del libre albedrío*, Oviedo, Ed. Nobel, 2000.

<sup>38</sup> Véase la propuesta de financiación elaborada en ARCARON, J., RAVENTÓS, D. y TORRENS, L.: *Renta básica incondicional. Una propuesta de financiación racional y justa*, Barcelona, Ediciones del Serbal, 2017; VAN PARIJS, PH. y VANDERBORGHT, Y.: *La renta básica. Una medida eficaz para luchar contra la pobreza*, trad. D. Casassas, Prólogo de D. Raventós, Barcelona, Ed. Paidós, 2006; VAN PARIJS, PH. y VANDERBORGHT, Y.: *Ingreso básico. Una propuesta radical para una sociedad libre y una economía sensata*, trad. Laura Lecuona y Maia F. Miret, México, 2017.

<sup>39</sup> Cfr. PARIJS, PH. y VANDERBORGHT, Y.: *L' allocation universelle*, París, Éditions La Découverte, París, 2005.

<sup>40</sup> Véase CASTEL, R.: *L' Insécurité sociale. Qu' est-ce qu' être protégé?*, París, Éditions du Seuil et La République des Idées, 2003, espec., cap. V.

<sup>41</sup> Modelo tributario de la memoria de Thomas Paine titulada *La justicia agraria (1797)*, en *El sentido común y otros escritos*, est., prel., selección y trad., de R. Soriano y E. Bocado, Madrid, Tecnos, 1990. En este sentido MONEREO PÉREZ, J.L.: “Pobreza, trabajo y exclusión social en la larga duración: una reflexión crítica a partir de Henry George”, en *Documentación laboral. Revista de relaciones laborales, economía y sociología del trabajo, y trabajo autónomo*, núm. 83-Vol. II (2008), págs. 11-109, en particular 95-101.

<sup>42</sup> La idea de heterogonía de los fines es una aportación lúcida de Max Weber. Véase, al respecto y en el marco de su pensamiento político y jurídico, MONEREO PÉREZ, J.L.: *Modernidad y capitalismo. Max Weber y los dilemas de la teoría política y jurídica*, Barcelona, Ediciones de Intervención Cultural/El Viejo Topo, 2013, y con un enfoque más particularizado, el ensayo de STARK, W.: “Max Weber y la heterogonía de los fines”, en VV.AA.: *Presencia de Max Weber*, editado por Parsons, T. et alri, Buenos Aires, Ed. Nueva Visión, 1971, págs.191-208.

### III. EL MODELO ESPAÑOL DE RENTAS MÍNIMAS DE INSERCIÓN O DE RENTA GARANTIZADA DE CIUDADANÍA

En la evolución de la protección social en las dos últimas décadas sobresale positivamente la transición en muchos países desde los dispositivos asistenciales tradicionales hacia las rentas mínimas *de inserción*<sup>43</sup>. Esta transición supone un importante cambio conceptual de las rentas mínimas, pues se trata de figuras en las que convergen, *a priori*, dos derechos distintos, pero integrados en un “derecho función” de estructura compleja: el derecho al aseguramiento de un nivel mínimo de renta y el derecho a la provisión de itinerarios de inserción (diseño de proyectos individualizados, actividades formativas, trabajos de colaboración social, etc.). Ello que dota a las rentas mínimas de inserción de un carácter diferente y alternativo a los sistemas tradicionales. Estos derechos, que descansan en lógicas contradictorias sólo en apariencia (reparadora y pro-activa), se conjugan así como manifestación del “derecho social a la inserción” pero –se insiste– como derecho de estructura y función jurídica compleja.

Es posible, pues, distinguir entre los ingresos mínimos de la “primera generación” y los de “segunda generación”. El proceso de recreación –cuando no “reinención”– de las RMI se ha acrecentado con la evolución hacia las “rentas de solidaridad activa”, cuyo paradigma es nuevamente el ordenamiento francés. La “revenu minimum d’insertion” (RMI), que aprobó por la Ley de 1 de diciembre de 1989, fue reemplazada por la “revenu de solidarité active” (RSA), creada por Ley nº 2008/1249, de 1 de diciembre de 2008 generalizando la renta de solidaridad activa y reformando las políticas de inserción. A su vez, la RSA ha sido afectada –reemplazándola– por una nueva prestación denominada “prime d’activité”, aprobada por la Ley de 17 de agosto de 2015. La RMI presentaba en el modelo francés también dos componentes: un componente de garantía de recursos y otro de inserción. A diferencia de la RMI la RSA y la “prima de actividad” jerarquizan expresamente las formas de inserción: hacen de la inserción profesional la forma prioritaria de inserción y presentan la inserción social como una inserción por defecto<sup>44</sup>. Acentúa, así, en elemento “pro-activo” profesional, pero dejando en un segundo lugar, en la prioridades o preferencias, el elemento de de la reinserción social.

Todo ello en el sentido de que la función básica de los primeros es la de satisfacer las necesidades vitales de las personas consideradas, tratándose de prestaciones económicas con contraprestaciones ligeras por parte del beneficiario, tales como la aceptación de ofertas de empleo. Este tipo de rentas mínimas presenta algunos serios inconvenientes, bien porque no logran eliminar el estigma de la asistencia, bien porque se prefiere la ayuda material a las medidas de fomento de la inserción, con lo que se corre el riesgo de que los pobres queden en una situación de dependencia permanente del régimen de protección social (el conocido riesgo de la “cronificación”). Frente a estos sistemas, han surgido otro tipo de ingresos mínimos “de segunda generación”, en los que junto al riesgo de la pobreza, entendida como una insuficiencia de medios económicos, se contempla también el de la *exclusión social y/o profesional*. En este sentido, los

<sup>43</sup> MONEREO PÉREZ, J.L.: “La renta de “subsistencia”. En especial, la renta de inserción como derecho social”, en VV.AA.: *La jurisprudencia constitucional en materia laboral y social en el período 1999-2010. Libro homenaje a María Emilia Casas*, Baylos Grau, A.P., Cabeza Pereiro, J., Cruz Villalón, J., Valdés Dal-Ré, F. (Coords.), Madrid, Ed. La Ley, 2015, págs. 713-755.

<sup>44</sup> Al respecto, BADEL, M.: “La lutte contre les exclusions en droit français le rôle des minima sociaux. Rapport France”, en VV.AA.: *La exclusión social: Estudio comparado desde la perspectiva jurídica laboral y constitucional*, QUINTANILLA NAVARRO, R.Y. (Dir.), MATEOS Y DE CABO, Ó.I. (Coord.), Madrid, Universidad Rey Juan Carlos, 2018, págs. 317-337; y también, EYDOUX, A.: “Du RMI au RSA, la gouvernance de l’insertion en question”, en *Inform.soc.*, nº. 179 (2013); DAMON, J.: *Le revenu universel en questions(s)*, en RDSS, 2016; *Ibid.*, “L’investissement social: contenu et portée notion en vogue”, en RDSS, 2015; LE NAIRE, O, et LEBON, C.: *Le revenu de base*, París, Éd. Actes Sud, 2017. Para ver esa evolución en la perspectiva comparada, MILANO, S.: “Le revenu minimum garanti dans les pays de la CEE”, en *Droit Sociale*, 1988; MONEREO PÉREZ, J.L., y MOLINA NAVARRETE, C.: *El Derecho a la renta de inserción*, Granada, Ed. Comares, 1999; GARCÍA ROMERO, M.B.: *Rentas mínimas garantizadas en la Unión Europea*, Madrid, CES, 1999; KESSLER, F.: “Revenu mínima en Europe: esquisse à d’evolutions législatives”, en *regards EN3S*, nº. 38 (2010). Una revisión del ingreso básico y “sus parientes” en perspectiva de síntesis, en VAN PARIJS, PH.y VANDERBORGHT, Y.: *Ingreso básico. Una propuesta radical para una sociedad libre y una economía sensata* (original en inglés 2017), trad. L. Lecuona y M.F. Miret, México, Libros Grano de Sal, 2017, págs. 49 y sigs., y bibliografía allí citada.

ingresos mínimos se conciben como una estrategia de lucha contra la pobreza y la exclusión social en la perspectiva de la inserción, dado que se vincula el disfrute del subsidio con medidas complementarias de inserción social.

Es el nuestro un modelo de renta de inserción descentralizado y en gran medida desvertebrado por la inexistencia de una normativa estatal de renta mínima garantizada y, en todo caso, la falta de una mínima coordinación entre las rentas autonómicas. Por tanto tienen una configuración jurídica automática (Dejando a salvo la figura distinta de la RAI en el marco de la protección por desempleo, la cual está integrada en el sistema de Seguridad Social). En todos los casos, y como regla general, estamos ante rentas condicionadas a la concurrencia de determinados requisitos (señaladamente, comprobación del estado de necesidad y la indisponibilidad de recursos suficientes para atenderla) y que tienen un carácter subsidiario respecto de otros instrumentos de garantía de rentas obtenidas por el sujeto y la unidad familiar o unidad de convivencia, pues su finalidad es satisfacer la necesidades básicas tanto del sujeto beneficiario como de los restantes miembros que integran esa unidad convivencia en los términos jurídicamente relevantes. Las RMI se dirigen, pues, a las personas y a sus familias o unidades de convivencia. Pero sí hay un aspecto individualizador independiente del subsidio económico (proyectado hacia la unidad de convivencia), cual el compromiso del beneficio (y correlativa obligación de los poderes públicos de instrumentar lo necesario para garantizar su efectividad) de suscribir un compromiso de actividad encaminada a la reinserción (actividades formativas y aquellas que se determina que propicien o faciliten la inserción profesional). En esta perspectiva, la RMI mira a garantizar la efectividad del derecho al trabajo de las personas excluidas o que están incorporadas al mercado de trabajo.

Así la Ley 14/2017, de 20 de julio, de renta garantizada de ciudadanía (que desarrolla el art. 24.3 del Estatuto de Autonomía de Cataluña)<sup>45</sup>, sería un buen exponente paradigmático de estos rasgos configuradores. La renta garantizada de ciudadanía constituye la manifestación de varios principios: del principio de igualdad entendido como la eliminación de cualquier discriminación en el acceso a la prestación; del principio de equidad, puesto que el reconocimiento y la aplicación de la prestación se plantean como respuesta a la situación de necesidad desde una vertiente de redistribución de los recursos y de discriminación positiva; del principio de empoderamiento y autonomía de las personas en sociedad, entendido como el conjunto de prestaciones económicas y servicios que las fortalecen y les permiten salir de las situaciones de pobreza y necesidad, que deberían ser siempre transitorias y no cronificadas, y del principio de universalidad, solidaridad y complementariedad, pues se garantiza su acceso a todas las personas que reúnen los requisitos exigidos, constituye una manifestación de solidaridad y de justicia social y complementa los ingresos de sus destinatarios en situaciones de carencia de medios. Asimismo, responde al principio de subsidiariedad, puesto que la prestación se reconoce cuando no es posible el acceso a otros mecanismos de protección, ya sea porque ha finalizado su cobertura o porque no han sido concedidos (Preámbulo)<sup>46</sup>.

<sup>45</sup> Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de reforma del EAC: “Las personas o las familias que se encuentran en situación de pobreza tienen derecho a acceder a una renta garantizada de ciudadanía que les asegure los mínimos de una vida digna, de acuerdo con las condiciones que legalmente se establezcan”.

<sup>46</sup> La regulación y el desarrollo de la renta garantizada de ciudadanía responde también a otro grupo de principios que constituyen el marco de la actuación de las administraciones públicas en esta materia. Así, tiene en cuenta el principio de responsabilidad pública en la atención al ciudadano, ya que la provisión de la prestación se incardina en el sistema de servicios sociales y de empleo públicos, y su disponibilidad y gestión quedan garantizadas por las administraciones públicas en el ejercicio de sus competencias. Asimismo, la regulación de la prestación es una manifestación del principio de estabilidad, de modo que se mantiene la percepción de la prestación siempre y cuando persista la situación de exclusión social que la ha originado y el cumplimiento de los requisitos, las condiciones y las obligaciones establecidos. Del mismo modo, tiene en consideración el principio de atención individualizada. Por ello, la prestación debe responder en cada caso a las condiciones y necesidades particulares de sus destinatarios, sin olvidar, en su caso, las peculiaridades de los grupos o colectivos a los que pertenecen.

La participación de los destinatarios constituye, asimismo, un principio de atención inexcusable. Por ello se garantiza su contribución activa, comprometida y responsable en la superación de la situación, así como su intervención en la programación y desarrollo de los itinerarios que puedan diseñarse para la integración.

(...)



Tienen derecho a la renta garantiza de ciudadanía las personas que cumplan los requisitos regulados por la presente ley (art. 5.1). No es una verdadera “renta básica”<sup>47</sup>. Esta Ley considerada destinatarios a los titulares y beneficiarios de la renta garantizada de ciudadanía (art. 5.2.c). Entiende por titular la persona en favor de la cual se aprueba la prestación económica de la renta garantizada de ciudadanía y, en su caso, un plan individual de inserción laboral o de inclusión social (art. 5.2.a), y por beneficiarios, las personas que forman parte del mismo núcleo como miembros de la respectiva unidad familiar (art. 5.2.b). Se deja constancia, por otra parte, “una *unidad familiar* solo puede dar derecho a un único expediente de prestación de renta garantizada de ciudadanía” (art. 5.4)<sup>48</sup>.

Paradigmática resulta, igualmente, la RMI Social de Andalucía (Decreto-Ley 3/2017, de 19 de diciembre, por el que se regula la Renta Mínima de Inserción Social en Andalucía). El enfoque y el modelo seguido –más allá de algunas similitudes- es matizadamente distinto al implantado en la Comunidad Autónoma de Cataluña. El objeto del Decreto-Ley es regular la prestación económica orientada a la erradicación de la marginación y la desigualdad y a la lucha contra la exclusión social, denominada Renta Mínima de Inserción Social en Andalucía, que deberá incorporar un itinerario a través de un Plan de inclusión sociolaboral, en los términos establecidos en los artículos 42.1 y 42.2.g) de la Ley 9/2016, de 27 de diciembre, de Servicios Sociales de Andalucía (Art. 1).

La ordenación normativa explicita la finalidad de este instrumento de protección social al indicar que “los fines de la Renta Mínima de Inserción Social en Andalucía son los siguientes: a) Reducir la tasa de pobreza y de exclusión social en Andalucía, especialmente la *pobreza infantil*. b) Mejorar las posibilidades de inclusión social y laboral de las personas en situación de pobreza, exclusión social o riesgo de estarlo, especialmente de aquellas que tienen menores a su cargo y teniendo en cuenta la diferente situación de los hombres y las mujeres. c) Aumentar el grado de autonomía personal y *familiar* y atender la satisfacción de las necesidades básicas para una vida digna de la unidad familiar” (Art. 6. *Finalidad*).

En cuanto a las *Personas titulares y beneficiarias*: Conforme al art. 6 de la Ley 9/2016, de 27 de diciembre, tendrán derecho a la Renta Mínima de Inserción Social en Andalucía, las *unidades familiares* cuyas personas miembros tengan vecindad administrativa en Andalucía, se encuentren en situación de pobreza, exclusión social o riesgo de estarlo, y cumplan los requisitos establecidos en el artículo 7 del presente Decreto-ley, así como aquellas que, aún no cumpliendo alguno de los requisitos, se encuentren en situación de urgencia o emergencia social. Podrán ser personas titulares de la Renta Mínima de Inserción Social en Andalucía las personas solicitantes y receptoras con vecindad administrativa en cualquiera de los municipios de Andalucía y que forman parte de una unidad familiar pluripersonal o bien constituya por sí misma una unidad familiar unipersonal (art. 3).

El tercer modelo o paradigma relevante es el de la Renta de Garantía de Ingresos (RGI). Su regulación básica se establece en Ley 18/2008, de 23 de diciembre, para la Garantía de Ingresos y para la Inclusión Social<sup>49</sup>, y por el Decreto 147/2010, de 25 de mayo, de la Renta de Garantía de Ingresos (desarrollo de aquélla). El objeto de la Renta de Garantía de Ingresos es una prestación

---

Es también, sin duda, una prestación con un *carácter de política familiar muy marcado*, que protege a las familias y a los niños de las situaciones de vulnerabilidad. El carácter integral de la prestación da respuesta también a la pobreza infantil derivada de la existencia de familias con hijos en situación de extrema pobreza.

Por último, se considera también la perspectiva de género, con el establecimiento de medidas de acción positiva que tienen en cuenta las necesidades especiales que presentan las víctimas de violencia de género.

<sup>47</sup> La Disposición derogatoria de la Ley 14/2017 incluye, significativamente, a la Ley 10/1997, de 3 de julio, de la RMI, “con las excepciones establecidas por las disposiciones transitorias de la presente Ley” (Ley 14/2017).

<sup>48</sup> Se aporta un concepto instrumental de *unidad familiar*: “A los efectos de lo establecido por la presente ley se considera unidad familiar la formada por una o más personas que mantienen entre ellas vínculos familiares por consanguinidad o afinidad hasta el segundo grado, así como por adopción o acogimiento, o *vínculos de convivencia asimilados* a los vínculos mencionados, excluyendo los que sean de simple vecindad compartida. La relación de parentesco se cuenta a partir del titular” (art. 6.1 de la Ley 14/2017).

<sup>49</sup> La Disposición derogatoria, deroga la Ley 12/1998, de 22 de mayo; y deroga la Ley 10/2000, de 27 de diciembre, de Carta de los Derechos Sociales (modificada por la Ley 4/2007, de 22 de junio), sólo en los artículos 6, 7 y 8.

periódica de naturaleza económica, dirigida tanto a la cobertura de los gastos básicos para la supervivencia como a la de los gastos derivados de un proceso de inclusión social y/o laboral, y destinada a las personas integradas en unidades de convivencia que no dispongan de ingresos suficientes para hacer frente a dichos gastos (art. 1). La renta de garantía de ingresos se configura jurídicamente como una prestación periódica de naturaleza económica, dirigida a las personas integradas en una unidad de convivencia que no disponga de ingresos suficientes para hacer frente tanto a los gastos asociados a las necesidades básicas como a los gastos derivados de un proceso de inclusión social (art. 11; por su parte, el art. 2 delimita los objetivos perseguidos). Se estructura, además, como un verdadero derecho subjetivo: La renta de garantía de ingresos se configura como un derecho subjetivo para todas aquellas personas que cumplan los requisitos específicamente regulados para el acceso a la prestación en la modalidad que resulte de aplicación (art. 12). De estas características destaca la configuración de un derecho de estructura jurídica compleja, pues se habla de un “doble derecho” (art. 3), en virtud del cual se reconoce a las personas tanto el derecho a acceder a medios económicos suficientes para hacer frente a las necesidades básicas de la vida como el derecho a disfrutar de apoyos personalizados orientados a la inclusión social y laboral. No excluye la posición de “deber”, pero sí parece que éste se sitúa en un segundo plano.

El segundo elemento a retener también tiene que ver con el modelo de atención personalizada y de proximidad, ajustado al enfoque comunitario de la atención y la puesta en valor de su carácter *preventivo* (advirtiéndose la relevancia que adquiere la dimensión preventiva en el cuadro finalista de la medida social instaurada). Así, en ese marco, otorgará prioridad a las actuaciones de prevención, facilitará, siempre que resulte posible y conveniente, la atención de las personas en su entorno habitual y garantizará la adaptación de las intervenciones a las necesidades de la persona o de la unidad convivencial, el carácter integral de dichas intervenciones y la continuidad de los itinerarios de atención (art. 4).

La titularidad del derecho se configura en términos muy amplios, distinguiendo entre personas titulares, destinatarias y perceptoras. 1º. Serán titulares de las prestaciones económicas de derecho y, en su caso, de los instrumentos de inclusión regulados en la presente ley las personas a nombre de quienes se tramita y concede la prestación y en quienes recae el derecho a la prestación o al convenio de inclusión. 2º. Tendrán la consideración de personas destinatarias de las prestaciones económicas de derecho y del convenio de inclusión las personas que formen parte de la misma unidad de convivencia que la titular. En el caso de las ayudas de naturaleza subvencional, tendrá la consideración de beneficiaria la persona a nombre de quien se tramita y a quien se concede la ayuda. 3º. Con carácter general, serán perceptoras de las prestaciones económicas de derecho reguladas en la presente ley las personas titulares de las mismas. En el caso de las ayudas de naturaleza subvencional, serán perceptoras, con carácter general, las personas beneficiarias de las mismas (art. 8).

Por otra parte, destinatarios de las medidas es también la “unidad de convivencia”, concepto instrumental palpablemente se distingue de la unidad familiar (art. 9, en relación con el art. 8).

Un aspecto muy importante en la lógica interna de las instituciones es el relativo a la centralidad que ostenta el “Convenio de Inclusión” (art. 7).

Ciertamente, sobre la base del título competencial de “asistencia social” las CCAA han asumido la competencia en materia de Renta de Inserción. El resultado práctico ha sido una expansión de las medidas asistencializadoras de las CCAA, al amparo de una interpretación flexible del art. 148.1.20ª CE, que ha permitido incluir la innovadora figura de las rentas mínimas de inserción. El TC ha apreciado ya desde los orígenes de la instauración de este tipo de medidas la legitimidad de la inclusión en la competencia de asistencia social autonómica, entendiendo que no forman parte del Sistema de Seguridad Social, operando con técnicas diferentes a las que han venido caracterizando a la Seguridad Social clásica (muy marcada de los ya relativizados criterios de previsualidad y de contributividad) (SSTC 146/1986, de 25 de noviembre, 76/1986, de 9 de junio, 13/1992, de 6 de febrero, 239/2002, de 11 de diciembre, 226/2012, de 19 de noviembre, 227/2012, de 29 de noviembre, etcétera), y también dando cuenta de la posterior evolución

contemporánea hacia una seguridad social asistencial o no contributiva (realzando el componente asistencialista de la misma Seguridad Social). Estableciendo, esta línea, una distinción operativa entre una asistencia social “interna” al sistema institucional de la Seguridad Social y otra “externa” que sería de competencia exclusiva de las CCAA (SSTC 76/1986, de 9 de junio, 13/1992, de 6 de febrero, 239/2002, de 11 de diciembre, 226/2012, de 19 de noviembre, 227/2012, de 29 de noviembre). Admitido que las CCAA tienen una competencia propia en materia de asistencia social (asistencia externa al sistema de Seguridad Social) y que la Seguridad Social junto a la dimensión contributiva incorpora un componente asistencial, la delimitación de fronteras es más delicada obedeciendo a una decisión no meramente técnico-jurídica sino también de política del Derecho. De manera que no será suficiente distinguir entre previsión social y asistencia social (ésta se caracteriza, como es conocido, por la atención preferente a las situaciones objetivas de necesidad, por la inexigibilidad de la contributividad –al menos en vía principal-, y tendencialmente por incorporar una lógica universalista, aunque según el tipo de medidas puede remitirse a sujetos específicos y estar condicionada al cumplimiento de determinados requisitos; su concesión está normalmente condicionada)<sup>50</sup>, sino que es preciso establecer mecanismos de atribución competencial que garanticen espacios efectivos vitales de regulación de la materia asistencial tanto para las CCAA como para la Seguridad Social Asistencial. El debate y las iniciativas actuales en favor de un “sistema de Rentas Mínimas garantizadas en todo el Estado”, con el que se atienda prioritariamente a los cerca de 740. 000 hogares que no tienen ningún tipo de ingresos, en los que viven, 1, 4 millones de personas; o incluso la más ambiciosa propuesta de implantación a nivel estatal –y en el marco de la Seguridad Social- de una “renta básica” o ingreso de ciudadanía universalista (e incondicionado; la cual en su lógica interna sobrepasa la idea misma de la asistencia social clásica abarcando una renovada asistencia social universalista que podría formar parte, potencialmente en términos constitucionales, de la Seguridad Social Asistencial ex art. 41 CE), ilustraría por sí mismo el hecho de que las fronteras son próximas y que lo que debe procurarse es respetar las respectivas *garantías constitucionales* de competencias en materia de asistencia social entre el Estado y las CCAA buscando soluciones coherentes y equilibradas (artículos 148.1.20 CE, y 149.1.17, en relación con el art. 41 y concordantes del Texto constitucional). Es relevante hacer notar que conforme al art. 34.3 (“Seguridad Social y ayuda social”) de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, “con el fin de combatir la exclusión social y la pobreza, la Unión reconoce y respeta el *derecho a una ayuda social...* para garantizar una existencia digna a todos aquellos que no dispongan de recursos suficientes, según las modalidades establecidas en el Derecho de la Unión y por las legislaciones y prácticas nacionales”<sup>51</sup>.

Con base al art. 148.1.20<sup>a</sup> CE las CCAA han venido asumiendo competencias en materia de asistencia social y servicios sociales, en cuyo marco autonómico se han incluido la renta mínima de inserción con distintas denominaciones. En todo caso, es necesario replantear el modelo en un doble sentido: racionalizándolo la heterogeneidad de rentas de inserción (con distintas denominaciones, por otra parte) establecidas en las CCAA, simplificándolo y coordinando los distintos tipos de medidas, por un lado, y por otro, pensar seriamente en establecer una renta básica a nivel de todo el Estado Social Autonómico, que pudiera ser completada o mejoradas por cada CCAA. Por lo demás, no es baladí hacer notar que ese reajuste de la medida se impondría porque una renta básica incluida dentro de la Seguridad Social Asistencial (en su vertiente no contributiva) provocaría automáticamente la incorporación al Reglamento 883/2004, de 29 de abril, en cuyo art. 3.5 se excluye expresamente de las normas de coordinación comunitaria a las prestaciones asistenciales. Aparte de ello, existen iniciativas, todavía muy poco desarrolladas, de establecer una “renta mínima europea” (Véase, señaladamente, el Dictamen del CESE sobre “la renta mínima europea e indicadores de pobreza (Dictamen de iniciativa)”, 2014/C 170/04,

<sup>50</sup> Hay que tener en cuenta que el principio de la condicionalidad incorpora un criterio de intercambio funcional entre prestaciones y sujetos protegidos que da lugar a un sistema de obligaciones recíprocas.

<sup>51</sup> Véase MONEREO PÉREZ, J.L.: “Los derechos a la Seguridad Social y a la Ayuda Social (Artículo 34)”, en VV.AA.: *La Europa de los derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dirs. y Coords.), Granada, Ed. Comares, 2012, págs. 893 y sigs.

DOCE, 5.6.2014). El impulso más significativo es la Resolución del Parlamento Europeo, de 24 de octubre de 2017, sobre las políticas encaminadas a garantizar la renta mínima como instrumento para luchar contra la pobreza (2016/2270/(INI)).

Debe ser objeto prioritario de la iniciativa legislativa y de la concertación social la propuesta de un Sistema de Rentas Mínimas Garantizadas en España. Las actuales prestaciones sociales de índole asistencial se caracterizan por la diversidad y las diferencias territoriales y por un nivel de cobertura claramente insuficiente. Las instituciones de la Unión Europea vienen promoviendo desde hace tiempo diversas propuestas para el desarrollo de sistemas de rentas mínimas y otros instrumentos de lucha contra la pobreza y la exclusión social. La propia Comisión Europea ha propuesto reforzar la relación entre rentas mínimas y activación laboral, diseñando el concepto de “*inclusión activa*” (“conjunto de procesos sociales e institucionales que desarrollan el derecho de todo ciudadano a la plena integración en la sociedad, al ejercicio de sus derechos sociales y de manera particular a la inserción laboral y social”) e instando a las políticas públicas y a los agentes sociales para promover acciones y programas que hagan frente a las importantes insuficiencias de los sistemas de protección contra el riesgo de pobreza y o exclusión, riesgos sin duda modificados e incrementados como consecuencia de la intensidad y la duración de la crisis económica.

Hay que tener en cuenta que el debate sobre la instauración de una “*renta mínima europea*” ya está planteado en el marco de las instituciones de la Unión Europea. Así el Comité Económico y Social Europeo (CESE) entiende que atendiendo a las previsiones de conformación de los mercados de trabajo y a la difícil coyuntura actual, el establecimiento de una renta mínima europea, contribuirá a la cohesión económica, social y territorial, a la protección de los derechos humanos fundamentales, al equilibrio entre los objetivos económicos y sociales y al reparto equitativo de los recursos y la renta. Realza que es acuciante la necesidad de garantizar una *renta mínima adecuada en la Unión Europea* mediante una Directiva Marco dirigida a combatir la pobreza y la exclusión social, facilitando la inserción en el mercado de trabajo, tal y como han solicitado también el Comité de las Regiones y varias organizaciones de lucha contra la pobreza y la exclusión social, e insta a la Comisión Europea a *emprender una acción concertada que responda a la Resolución adoptada por el Parlamento Europeo* (Resolución del Parlamento Europeo, de 15 de noviembre de 2011, sobre la plataforma europea contra la pobreza y la exclusión social; 2011/2052/(INI), DOC 153E de 31.5. 2013, pp. 57-78). La renta mínima garantizada es una ayuda a los ingresos que no está basada en el pago de cotizaciones (contributividad) y que proporciona una red de seguridad para las personas que no pueden optar a las prestaciones de la Seguridad Social. Como última salvaguarda contra la pobreza y exclusión social, está indisolublemente unida al derecho a llevar una vida digna de las personas que no tienen otra forma de asegurar sus ingresos y al de las personas que están a su cargo. (Véase Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la renta mínima europea e indicadores de pobreza (Dictamen de Iniciativa), aprobado los días 10-11 de diciembre de 2013. 2014/C 170/04)

En consecuencia, en el marco de las políticas legislativas concertadas se debe situar la propuesta de un Sistema de Rentas Mínimas Garantizadas común para toda España (Estados Social Autónomo), que tenga carácter estructural y voluntad de permanencia y que se regule mediante una ley estatal. Se trataría con ello de hacer efectivo el derecho a percibir unos ingresos mínimos de subsistencia y de establecer medidas de apoyo dirigidas a conseguir la inclusión sociolaboral, reconociendo este derecho con carácter subjetivo.

#### IV. REFLEXIÓN FINAL Y PROPUESTAS DE LEGE FERENDA

En definitiva, la creación de una RMI de ámbito estatal es cada vez más necesaria. Por otra parte, la implantación de la RMI a nivel estatal es constitucionalmente legítima y tiene amparo en la normativa internacional. La base constitucional para el establecimiento de una renta mínima garantizada o renta mínima de inserción a nivel estatal estaría legitimada, justificada y adecuadamente en los artículos 41, 9.2 y 149.1.17ª de la Constitución (y todas ellas interpretadas con arreglo al garantismo multinivel que se impone deducir del art. 10.2 CE), para la protección de

las personas frente a situaciones de necesidad no adecuadamente satisfechas por otros instrumentos de protección social pública (señaladamente, las rentas mínimas de inserción de las CC.AA)<sup>52</sup>, con cargo a Presupuestos Generales del Estado (como ocurre con las prestaciones no contributivas o con la renta activa de inserción en el marco de la protección por desempleo). Nuestro texto constitucional ex art. 41 y normas concordantes del bloque constitucional de la Seguridad Social configura un sistema mixto de Seguridad Social, con ámbitos contributivos y asistenciales o no contributivos, y con una marcada orientación a realzar el elemento o dimensión asistencial. Es visible la plasmación de la tendencia hacia la universalización subjetiva y objetiva o prestacional pública y la consagración explícita del principio de suficiencia vinculado a la calidad de las prestaciones dispensadas por sistema de Seguridad Social en su doble y heterogénea dimensión contributiva y asistencial. Esta nueva prestación de Seguridad Social “Asistencial” o “no contributiva”, aparte de que podría ser completada por las CCAA, no impediría la subsistencia de las rentas mínimas autonómicas si estas lo considerasen oportuno reclamando su competencia en materia de asistencia social garantizada constitucionalmente. La instauración de esta renta mínima garantizada (acompañado en la esfera del Derecho Laboral por una política del Derecho cuyo objetivo sea el pleno empleo y la orientación hacia el “trabajo garantizado”, decente o digno de la persona que trabaja; esto es, en contraposición con el trabajo precario) puede permitir completar las redes de la protección social pública atendiendo de modo más eficiente y equitativo a la tutela de las situaciones de necesidad vinculadas al desempleo prolongado y a la exclusión social. Se trataría de un subsidio condicionado a la situación de necesidad y la disponibilidad de recursos del sujeto protegido; un subsidio que, por supuesto, es necesariamente compatible con la realización de políticas activas de pleno empleo para todos. Se trataría de garantizar el derecho a la existencia digna de una parte de la población des-calificada socialmente como “población excedente” situada en los márgenes de la estructura social, sin excluir (más bien presuponer a medio/largo plazo) que en un futuro pudiera avanzarse reflexivamente hacia una Renta Básica o Ingreso Básico incondicionado, que implicaría una refundación, en cierto sentido, de los actuales sistemas de protección social pública y del propio Estado Social de Derecho.

La exigencia de este tipo de rentas de subsistencia y de inserción laboral se impone frente al problema estructural –y no sólo coyuntural– de lucha contra la pobreza y la exclusión social. Es la era de la inseguridad social creciente y, en relación a ello, de la redefinición de los sistemas de protección social pública. Y en un contexto de progresivo vaciamiento (por no decir, desmantelamiento; cuando no intentos de deslegitimación) de las instituciones de la solidaridad social propias del Estado Social redistributivo e integrador ante la implantación de una sociedad de mercado de competencia generalizada. La renta mínima garantizada se configuraría como derecho subjetivo de Seguridad Social (una nueva prestación no contributiva de carácter pro-activo por su orientación hacia la reinserción profesional y social) y por tanto gozando de la necesaria justiciabilidad a través del orden social de la jurisdicción<sup>53</sup>. La renta mínima garantizada puede ser

<sup>52</sup> Aparte de los grandes textos internacionales que proclaman el derecho a la existencia digna, resulta harto significativo que el “Proyecto de Código para la armonización de las legislaciones nacionales europeas de Seguridad Social”, elaborado en la Universidad de Lovaina (Bélgica) en 1977, establecía en su art. 4 que toda persona tiene derecho a “una renta mínima adecuada que le permita una existencia humana y digna”, añadiendo después que tal derecho se genera para las personas que se hallen en circunstancias tales que no les permita disponer de una renta mínima, esto es, un nivel de recursos económicos necesarios para subvenir a la satisfacción de las necesidades más elementales o básicas de una existencia humana y digna (art. 39). Por otra parte, debe anotarse que, con reiteración, el Parlamento Europeo ha aprobado varias resoluciones donde se recomienda que se “estímule la instauración en todos los Estados miembros de una renta mínima garantizada para favorecer la inserción de los ciudadanos más pobres en la sociedad” (Resoluciones de 16 de septiembre y de 16 de noviembre de 1988, de 15 de marzo y de 22 de noviembre de 1989, etcétera).

<sup>53</sup> Puede consultarse, MONEREO PÉREZ, J.L. y MOLINA NAVARRETE, C.: *El derecho a la renta de inserción*, cit.; MONEREO PÉREZ, J.L.: “La renta de “subsistencia”. En especial, la renta de inserción como derecho social”, en VV.AA.: *La jurisprudencia constitucional en materia laboral y social en el período 1999-2010. Libro homenaje a María Emilia Casas*, Baylos Grau, A.P., Cabeza Pereiro, J., Cruz Villalón, J., Valdés Dal-Ré, F. (Coords.), Madrid, Ed. La Ley, 2015, págs. 713-755; SUÁREZ CORUJO, B.: “Una prestación de renta mínima garantizada: reflexiones sobre su encaje competencial en el marco constitucional”, en *Revista de Información Laboral*, núm. 10 (2014), págs. 49-60, el cual descarta por sus inconvenientes adicionales, de carácter técnico y de política del Derecho, las otras dos opciones posibles, a saber: una

una vía para la protección de las personas en edad de trabajar sin protección por desempleo o de personas en situación de riesgo de pobreza o exclusión social y supondría un reforzamiento del sistema de protección social clásico del Estado social. Se configuraría como una prestación de Seguridad Social en su ámbito no contributivo o asistencial, con financiación íntegramente estatal y con cargo a imposición general. La prestación de renta mínima garantizada o ingresos mínimos sería, de este modo, una prestación de último recurso a la que se accede tras agotar las prestaciones contributivas o asistenciales de desempleo o, en su caso, por no haber podido generar derecho a las mismas. El objetivo de la prestación de renta mínima garantizada es proteger adecuadamente a quienes queriendo y pudiendo trabajar carecen de empleo y sufren una situación de necesidad económica. La medida tendría naturaleza estructural o permanente en su cristalización normativa, no coyuntural. Se percibiría por la persona afectada de forma indefinida mientras se mantenga la situación de necesidad y tendría una línea “pro-activa”, combinando el subsidio no contributivo con políticas activas de empleo.

La creación de una renta mínima garantiza a nivel estatal en la coyuntura actual (y como posible –y no exento de controversia- paso intermedio hacia el establecimiento a más largo plazo –de manera particularmente meditada- de una renta incondicionada o ingreso de ciudadanía) derivada de la constatación de las insuficiencias del tradicional sistema de protección por desempleo (prestación contributiva y subsidios asistenciales) y del conjunto heterogéneo e inorganizado de rentas mínimas autonómicas actualmente vigentes<sup>54</sup>. La renta mínima garantizada sería, verdaderamente, el último recurso de la red de seguridad de los sistemas de protección social pública. En el marco de la Unión Europea se está discutiendo sobre la implantación de una “renta mínima europea” (Véase el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre la “*Renta mínima europea e indicadores de pobreza*” (Dictamen de iniciativa)”, 2014/C 170/04), aprobado en sesión plenaria de 10 de diciembre de 2013). El CESE subraya la acuciante necesidad de garantizar una renta mínima adecuada en la Unión Europea mediante una Directiva Marco dirigida a combatir la pobreza facilitando la inclusión en el mercado de trabajo, tal y como han solicitado el Comité de las Regiones y varias organizaciones de lucha contra la pobreza, e insta a la Comisión a emprender una acción concertada que responda a la Resolución adoptada por el Parlamento Europeo en 2011 (Resolución del Parlamento Europeo, de 15 de noviembre de 2011, sobre la plataforma europea como la pobreza y la exclusión social (2011/2052(INI), DO C 153E de 31.5.2013, 57-78). La renta mínima garantizada es una ayuda a los ingresos que no está basada en el pago de cotizaciones y que proporciona una red de seguridad para las personas que no pueden optar a las prestaciones de la Seguridad Social. Como última salvaguarda contra la pobreza, está indisolublemente unida al derecho a llevar una vida digna de las personas que no tiene otra forma de asegurar sus ingresos y al de las personas que están a su cargo (familiares, o miembros de la “unidad de convivencia”). La renta mínima garantizada no debe confundirse con el “salario mínimo”, que se fija por medio de la legislación o por medio de los convenios colectivos. (Otras políticas distintas al respecto son: a) una renta básica universal, que es una ayuda permanente, de

---

Ley de Armonización de las rentas mínimas autonómicas por el cauce del art. 150.3 CE y la vía del art. 149.1.1ª CE. CCOO Y UGT han acometido una Iniciativa Legislativa Popular, proponiendo el establecimiento de una “Prestación de Ingresos Mínimos” o “Rentas mínimas garantizadas”, que asegure unos recursos económicos básicos a todas las personas residentes legales en España, en edad laboral, que queriendo trabajar no pueden hacerlo, que no tengan derecho a prestaciones de desempleo y carezcan de recursos que les permitan vivir con dignidad. Para garantizar su universalidad se ha propuesto como una prestación de la Seguridad Social en su ámbito no contributivo, cuya financiación debe garantizarse vía impuestos, a través de los Presupuestos Generales del Estado. Se trata de una prestación común para todo el Estado, compatible con las competencias en materia de asistencia social de las CCAA. Esta figura sería distinta a la Renta Básica de ciudadanía, esto es, una asignación económica pública de carácter incondicional dirigida a toda la población. En realidad, hay tres propuestas novedosas para abordar los problemas del desempleo (masivo y estructural y derivado de la precariedad laboral) y la pobreza masiva y desigualdad social o desventaja social extrema, a saber: la Renta Mínima de Inserción (la renta mínima garantizada), la Renta Básica de ciudadanía o ingreso de ciudadanía universal, y el Trabajo Garantizado.

<sup>54</sup> Rentas Mínimas de Inserción, actualmente existentes, que son, sin duda, legítimas al amparo del título competencia autonómico en materia de asistencia social (art. 148.1. 20ª CE) y tanto más después de la amplitud competencia que autoriza la doctrina establecida por la STC 2002/239, de 11 de diciembre de 2002.

cuantía fija, que se paga a intervalos preestablecidos a cada ciudadano adulto, independientemente de su situación económica o social o de su disponibilidad para el trabajo; y b) un impuesto negativo sobre la renta, basado en el concepto de tipo impositivo marginal). La medida es compatible con otras iniciativas de la lucha contra la pobreza y la desigualdad a través de otros tipos de medidas de reforma legislativas, como señaladamente a través de la fiscalidad progresiva y su gestión por la Agencia Tributaria.

El fundamento principal de la renta mínima garantizada estaría en el art. 34. 3 –en relación con el art. 1 que establece que “la dignidad humana es inviolable. Será respetada y protegida”– de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (con rango *normativo* asimilado al de los tratados fundamentales de la Unión ex art. 6.1 TUE), conforme al cual “con el fin de combatir la exclusión social y la pobreza, la Unión reconoce y respeta el derecho a una ayuda social y a una ayuda de vivienda para garantizar una existencia digna a todos aquellos que no dispongan de recursos suficientes”. Para el CESE los nuevos regímenes de renta mínima debería ir acompañados de políticas generales y disposiciones específicas, como las políticas activas del mercado laboral, destinadas a ayudar a las personas sin empleo a reincorporarse en el mercado de trabajo, servicios de colocación, una gestión de las prestaciones y los programas relativos al mercado laboral, como la formación y la creación de empleo apoyadas por estrategias de activación adecuadas, para dar mayores oportunidades a las personas en busca de empleo. Son esenciales, asimismo, unos organismos eficaces de organización del mercado laboral, atención sanitaria y políticas de vivienda, así como servicios públicos asequibles y accesibles de gran calidad<sup>55</sup>. El establecimiento de una renta mínima de inserción permitiría combatir la pobreza y ciertos niveles de desigualdad, e incluiría junto a las ayudas o subsidios económicos la aplicación de políticas activas de empleo, sin que, por tanto, entre en juego el prejuicio de que la medida pueda desincentivar la búsqueda de empleo por parte de los sujetos protegidos.

Su implantación se situaría en la línea de política del Derecho impulsada por el denominado Pilar Europeo de los Derechos Sociales, pero yendo más allá de una mera convergencia de objetivos para abrazar un línea de *armonización* comunitaria de rentas mínimas garantizadas. A tiempo, tras un periodo de experimentación del modelo de solidaridad social condicionada y selectiva (RMI y fórmulas similares) habría que avanzar hacia la implantación de una renta básica universal e incondicional (sin prueba de recursos y sin contrapartidas), que completase el Sistema de Protección Social del Estado Social de Derecho; es decir, un modelo de solidaridad social incondicional y universal. Es un nuevo modelo de solidaridad social introducido en el corazón del Estado Social de Derecho. Se trataría de una garantía contra la exclusión social y de defender la libertad real para todos. Esta técnica de protección social formaría parte de las condiciones materiales de la libertad, y será posible confirmar nuevamente y en la práctica que la generosidad de las transferencias o prestaciones sociales no constituye un desincentivo para trabajar (ni generalizable ni sustancialmente relevante)<sup>56</sup>. La implantación como un nuevo derecho social de desmercantilización de las personas en todos los ámbitos donde se desarrolla su personalidad y dignidad humana debe ser el objetivo principal de un renovado Estado Social de Derecho.

<sup>55</sup> Sobre este alcance del art. 34.3 CDFUE, véase MONEREO PÉREZ, J.L.: “Seguridad Social y Ayuda Social (Artículo 34)”, en VV. AA.: *La Europa de los Derechos. Estudio Sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J.L. (Dir. y Coord.), Granada, Ed. Comares, 2012, págs. 893 y sigs.

<sup>56</sup> Para la crítica de ese enfoque del discurso del liberalismo radical –que comprende al mathusianismo, al spencerismo social, al darwinismo social y a las diversas versiones del neoliberalismo contemporáneo, puede consultarse, MONEREO PÉREZ, J.L.: *El sistema de protección por desempleo en España*, Valencia, Ed. Tirant Lo Blanch, 1997; *Ibid.*, «El modelo español de protección contra el desempleo», en VV.AA.: *Seguridad Social y Protección social: temas de actualidad*, López López, J. (Coord.), Madrid, Marcial Pons, 1996; *Ibid.*, «Los renglones torcidos de la política social moderna: Los derechos sociales a fin de siglo», en Rev. Facultad de Derecho Univ.Gr., núm. 2 (1999); *Ibid.*, “Pobreza, trabajo y exclusión social en la larga duración: una reflexión crítica a partir de Henry George”, en *Documentación Laboral. Revista de relaciones laborales, economía y sociología del trabajo, y trabajo autónomo*, núm. 83-Vol. II (2008), págs. 11-109; *Ibid.*, “La ideología del ‘darwinismo social’: La política social de Herbert Spencer (I y II)”, en *Documentación Laboral*, núm. 87 (2009) y 90 (2010); *Ibid.*, *La metamorfosis del Derecho del Trabajo*, Albacete, Ed. Bomarzo, 2017, y la bibliografía allí citada.

Por otra parte, la instauración de una renta básica o ingreso universal no debe ser (en la lógica del reformismo democrático-social) una pretendida alternativa al objetivo irrenunciable del pleno empleo de calidad, pues se trata de dos objetivos plena y necesariamente compatibles en una perspectiva de profundización en la mejor tradición del constitucionalismo democrático-social con Estado Social Activo<sup>57</sup>. La renta básica –o ingreso básico- incondicional supondría una decisiva reforma modernizadora y de mejora de los actuales sistemas de Estados del Bienestar.

La renta básica a nivel de la Unión Europea, finalmente, tendría la virtualidad de hacer más visible la idea –o, mejor, proyecto político) de construir una Europa de los Derechos basada en la garantía de los derechos sociales fundamentales, siendo, ésta, una parte relevante de la *base normativa común* de una Europa Social como “derecho a la existencia digna de la persona”. He aquí la posible emergencia de un *welfare* post-nacional en el espacio geopolítico de la Unión. Pues, en definitiva, el derecho a una renta básica acaba por asumir la función de un “derecho a tener derechos” en el sentido de Hannah Arendt<sup>58</sup>. Por tanto, estamos ante una institución que va más allá del discurso de implantar una simple “malla de seguridad” –una “última red de protección social”-, pues –sin dejar de ser eso- se sitúa en el marco de una política de rentas que autentificaría una libertad real para todos y el disfrute efectivo del conjunto de los derechos fundamentales.

La Europa social no puede quedar sólo en palabras, entre las medidas que garanticen una Europa social y cohesionada debe estar la aprobación de una *Directiva Marco* sobre Rentas Mínimas, que garantice con fuerza normativa vinculante y desde el Derecho Social Comunitario ingresos mínimos adecuados a todas las personas –y a las personas que formen parte de su familia o unidad de convivencia- en la UE. La intensificación del proceso de construcción europea afectaría a la viabilidad política y jurídica de la propuesta de avanzar en un modelo social para una Europa Social, que se haga merecedora de esa denominación y con ello merezca una mayor adhesión y legitimación política de los pueblos europeos. Aquí la Unión Europea actuaría como una unión de transferencias redistributivas, siendo la renta básica –o ingreso básico- una pilar para la supervivencia y perfección del llamado modelo social europeo. Y contribuiría a evitar la competitividad basada en las ventajas legislativas de los sistemas de protección social nacionales, es decir, evitaría, en gran medida, la tentación de reducir la protección social dispensada en nombre de la competitividad<sup>59</sup>. Por lo demás, la renta básica no exige dismantelar el resto del sistema de protección social pública, sino tan sólo una racionalización de las prestaciones no contributivas y asistenciales a menudo desorganizadas, superpuestas y desvertebradas. De nuevo nos encontramos con un problema decisión sustancialmente política, pues de lo que se trata es de cómo acrecentar y distribuir los recursos necesarios para garantizar los derechos sociales y a través de ellos mejorar la vida de las personas<sup>60</sup>.

<sup>57</sup> Véase, al respecto, el ensayo de VAN PARIJS, PH. y GENET, M.: “Ingreso universal y pleno empleo: una alianza inevitable”, en VV.AA.: *El ingreso universal*, monográfico de *Papeles de la FIM*, núm. 7 (1996), págs. 29-39; y ampliamente, VAN PARIJS, PH.: *Libertad real para todos (qué puede justificar el capitalismo si hay algo que pueda hacerlo)*, trad. Francisco Álvarez, Barcelona, Ed. Paidós, 1996; VAN PARIJS, PH. y VANDERBORGHT, Y.: *Ingreso básico. Una propuesta radical para una sociedad libre y una economía sensata*, trad. Laura Lecuona y Maía F. Miret, México, 2017; RAVENTÓS, D.: *Las condiciones materiales de la libertad*, Barcelona, Ed. El Viejo Topo, 2007; RAVENTÓS, D. y CASASSAS, D. (Eds.): *La renta básica en la era de las grandes desigualdades*, Barcelona, Ed. El Viejo Topo, 2011.

<sup>58</sup> ARENDT, H.: *La condición humana*, Barcelona, Ed. Paidós, 1993; *Ibid.*, *Los orígenes del totalitarismo*, Madrid, Ed. Taurus, 1998; y basándose en su pensamiento como punto de partida, RODOTÁ, S.: *El derecho a tener derechos*, Madrid, Ed. Trotta, 2014.

<sup>59</sup> VAN PARIJS, PH. y VANDERBORGHT, Y.: *Ingreso básico. Una propuesta radical para una sociedad libre y una economía sensata*, trad. Laura Lecuona y Maía F. Miret, México, 2017, págs. 296 y sigs.

<sup>60</sup> Aparte de la obra citada en la nota anterior, véase en un sentido parcialmente análogo, BARRY, B.: *Why Social Justice Matters*, Cambridge, Polity, 2005, espec., págs. 208 y sigs., en particular pág. 219.



# CAPÍTULO XI. LAS DISFUNCIONES DEL MATRIMONIO EN LA PROTECCIÓN DE LA FAMILIA. UNA PERSPECTIVA DE GÉNERO.

MARÍA ANTONIA PÉREZ ALONSO

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social  
Universidad de Valencia*

*Ex Magistrada (supl.) del TSJ de la Comunidad Valenciana*

## I. LA EXTRAÑA DESPROTECCIÓN DE SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL A LAS VIUDAS QUE PROCEDEN DE ESTRUCTURAS FAMILIARES CONVENCIONALES, PERO NO LEGALES Y NO CONVENCIONALES PERO REALES

La muerte del sujeto causante conlleva, según la doctrina<sup>1</sup>, la privación de los ingresos con los que subsistían las personas que se alimentaban a cargo de la persona fallecida. La situación de necesidad o lucro cesante no deviene directamente de la muerte sino de la supervivencia de las personas que estaban a cargo de la persona fallecida. La razón de la pensión de viudedad<sup>2</sup> es allegar algunos medios de índole económica que permita ayudar a la subsistencia de quien dependió del sujeto causante hasta la fecha de su muerte, siendo irrelevante que la muerte genere un verdadero estado de necesidad.

De este modo, se puede afirmar que la muerte afecta al grupo familiar y por ello se ha concebido la pensión de viudedad como una protección de la familia. Así, se afirma por la doctrina que la protección de la pensión de viudedad es un deber de la sociedad ya que las consecuencias de la muerte tienen un carácter eminentemente social y, en este sentido, GALA VALLEJO<sup>3</sup>, afirmaba que “ante la necesidad de mantener a los hijos la viuda tendría que trabajar y, tales hijos quedarían abandonados y en condiciones fáciles de practicar y desarrollar la delincuencia y si no trabajaba, tiene que implorar la caridad” y las ayudas sociales. De las palabras de este autor se deduce claramente la finalidad de la pensión de viudedad, esto es, la protección indirecta de los hijos a través de la madre, siendo en consecuencia muy importante, desde mi opinión, que cualquier reforma que se acometa de la reforma de la pensión de viudedad no se sustituya sin más pensando únicamente en el cónyuge o excónyuge superviviente sino de un modo global y, por ello, se debe atender la desprotección que pueden sufrir los hijos. En la misma línea, ya se expresaba LAROQUE<sup>4</sup>, al considerar que la seguridad de los individuos no puede dissociarse del grupo familiar. La finalidad de la pensión de viudedad según la STCO 184/1990, de 15 de noviembre se configura legítimamente como una

<sup>1</sup> ALMANSA PASTOR, J.M.: “La protección por muerte en la Seguridad Social española” en RISS nº 2/1969, pp 237 y ss.

<sup>2</sup> Vid. sobre la pensión de viudedad los siguientes: GARCIA VIÑA, J. Y RIVAS VALLEJO, M.: las prestaciones de supervivencia en el sistema de Seguridad Social. Barcelona, 1996; RODRIGUEZ INIESTA, G.: “La pensión de viudedad. Actualidad y futuro de la misma”, en Seminario de la Universidad Internacional Menéndez Pelayo. Valencia, marzo 2004; PEREZ ALONSO, M.A.: La pensión de viudedad en el RGSS. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia, 2000; BLASCO LAHOZ, J.F.: La protección por muerte y supervivencia en el sistema español de Seguridad Social. Editorial Aranzadi. 2017; VIVERO SERRANO, J.: “La pensión de viudedad tras la Ley 27/2011 y el RDL 20/2012, un balance decepcionante”, en Revista Iustel nº 29/2012; TRUJILLO PONS, F.: Denegación de la pensión de viudedad al superviviente de una unión homosexual”. Comentario a la STCO 115/2014, de 8 de julio 2014. Revista Iustel nº 39/2014.

<sup>3</sup> GALA VALLEJO, C.: “La protección de la viuda y huérfanos en el Régimen de la Seguridad Social” en Revista Iberoamericana de Seguridad Social nº 2/1979, pp. 629 y ss.

<sup>4</sup> LAROQUE, P.: “Familia y seguridad social”, en Revista de Trabajo nº 4/1948, p. 290.

prolongación de la situación matrimonial “un reconocimiento de efectos jurídicos post mortem”. En esta misma línea la STS de 26-5-2004, indicó que la pensión de viudedad aparece concebida por la legislación como “una renta devengada a favor de los cónyuges por la ayuda mutua y la aportación al interés de la familia”. Así, la pensión de viudedad tiene su base en la solidaridad patrimonial entre los cónyuges, los cuales han contribuido al sostenimiento familiar, procurando que dicha solidaridad siga después de la muerte de uno de ellos<sup>5</sup>.

Pero, actualmente, la pensión de viudedad <sup>6</sup> ofrece una protección sesgada a determinados núcleos de familias convencionales y debidamente reguladas y, por el contrario, desprotege a otros núcleos familiares que no se ajustan a los requisitos legales fijados por la legalidad ordinaria, pero son estructuras familiares reales en la sociedad española<sup>7</sup>. De este modo, la protección de la pensión de viudedad se canaliza de distinto modo en atención a la situación familiar siendo las situaciones diferentes en atención a la estructura familiar, de un lado, se da amplia cobertura al cónyuge cuyo matrimonio esté vigente en el momento del fallecimiento del sujeto causante (con la excepción de los supuestos, cuyos matrimonios son de corta duración en los términos fijados en el art. 222 LGSS); de otro lado, se da cobertura y protección a los excónyuges siempre que tenga pensión compensatoria reconocida que se extinga a la muerte del sujeto causante, según art. 220.1. 2º párrafo LGSS o, en su defecto, se haya sido víctima de violencia de género, según art. 220.1.3º párrafo LGSS (STS de 5-2-2013, rec. 929/2012; STS de 20-1-2016, rec. 3106/2014); de otro lado, se da protección a las parejas de hecho que acrediten unos límites de dependencia económica y, en función del número de hijos, y reúnan unos requisitos de apariencia “formal” o “legal”, mediante la inscripción en los registros públicos o documento público, según reza el art. 221 LGSS<sup>8</sup>.

Por el contrario, quedan sin protección los excónyuges que no tengan pensión compensatoria tengan o no hijos, esto es, afecta a madres con hijos y afecta simplemente a mujeres que proceden de situaciones matrimoniales de las que, en el momento de la muerte del sujeto causante, no perciben la pensión compensatoria. Esta denegación de la pensión de viudedad afecta en exclusiva a las mujeres por lo que debe considerarse a todas luces inconstitucional desde la perspectiva de género por discriminación tanto directa como indirecta. Esta desprotección a otros núcleos familiares obedece a una disfunción del matrimonio, el cual juega como reminiscencia del

<sup>5</sup> Vid. mi estudio “El machismos y la desprotección de las madres con hijos en la pensión de viudedad y su posible inconstitucionalidad desde un perspectiva de género. A propósito de la STS de 16 de junio de 2017”, en Revista Iustel nº 47/2017.

<sup>6</sup> Vid. sobre la pensión de viudedad los siguientes: GARCIA VIÑA, J. Y RIVAS VALLEJO, M.: las prestaciones de supervivencia en el sistema de Seguridad Social. Barcelona, 1996; RODRIGUEZ INIESTA, G.: “La pensión de viudedad. Actualidad y futuro de la misa2, en Seminario de la Universidad Internacional Menéndez Pelayo. Valencia, marzo 2004; PEREZ ALONSO, Mª.A.: La pensión de viudedad en el RGSS. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia, 2000; BLASCO LAHOZ, J.F.: La protección por muerte y supervivencia en el sistema español de Seguridad Social. Editorial Aranzadi. 2017; IVERO SERRANO, J.: “La pensión de viudedad tras la Ley 27/2011 y el RDL 20/2012, un balance decepcionante”, en Revista Iustel nº 29/2012; TRUJILLO PONS, F.: Denegación de la pensión de viudedad al superviviente de una unión homosexual”. Comentario a la STCO 115/2014, de 8 de julio 2014. Revista Iustel nº 39/2014;TALENS VISCONTI, E.: “La pensión compensatoria como requisito de acceso a la pensión de viudedad”, en Revista jurídica Iberoamericana nº 5/2016; GARCÍA ORTEGA, J.: Pensión de viudedad. improcedencia en caso superviviente de unión de hecho homosexual extinguida antes de la entrada en vigor de la ley 13/2005. (Situación no comparable a la de las parejas de hecho heterosexuales contemplada en la DA 10.2 de la Ley 30/1981). Comentario a la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 14 de junio de 2016 (asunto Tomás Aldeguer c. España, demanda n. 35214/09)”, en Revista de Derecho de la Seguridad Social nº 10/2017, pp. 193 y ss.

<sup>7</sup> Vid. un estudio completo de estas situaciones en mi estudio PEREZ ALONSO, Mª.A.: Nueva pensión de viudedad y orfandad en el RGSS. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia, 2008, pp. 17 y ss. LOPEZ TERRADA, E.: “La validez de la inscripción de parejas de hecho vigente un vínculo matrimonial previo a efectos de la pensión de viudedad. STSJ Cantabria, de 10 de marzo de 2016 (AS 2016, 474)”, en Nueva revista española de derecho del trabajo, Nº. 194/ 2017, pp. 327 y ss.

<sup>8</sup> Vid. lo dicho en mi estudio: “El machismos y la desprotección de las madres con hijos en la pensión de viudedad y su posible inconstitucionalidad desde un perspectiva de género. A propósito de la STS de 16 de junio de 2017”, en Revista Iustel nº 47/2017.

machismo generando una desprotección que afecta mayoritariamente a la mujer frente al hombre<sup>9</sup>. A la vez, se puede hablar de una desigualdad palpable entre mujeres en el acceso a la pensión de viudedad, según la procedencia del núcleo familiar constituido. De tal modo que la protección actual que ofrece la pensión de viudedad está distorsionada, dado que queda condicionado, no a la familia del sujeto causante, sea ésta la que sea y proceda del núcleo familiar que sea, sino que la norma desde la Ley 40/2007, con vigencia desde el 1-1-2008<sup>10</sup> condiciona el acceso a la pensión de viudedad a una serie de variables de dependencia económica que hacen bastante imposible el acceso, en muchos de los casos, a la pensión de viudedad y afectando, de forma mayoritaria, a la mujer y muy principalmente a las madres con hijos<sup>11</sup> que procedan de estructuras familiares no convencionales ni legales, pero reales en la sociedad actual, caso de los excónyuges sin pensión compensatoria<sup>12</sup> y parejas de hecho que no acrediten la dependencia económica<sup>13</sup>. Precisamente, si las uniones matrimoniales o de pareja de hecho se refieren a personas del mismo sexo, encuentra protección por los tribunales por la vía de la prohibición de la discriminación por razón de orientación sexual<sup>14</sup>. Por el contrario, si las uniones familiares son heterosexuales, prima la exigencia de la dependencia económica en el acceso a la pensión de viudedad, quedando afectados en la desprotección las madres y los hijos.

De este modo, se puede afirmar categóricamente que a las mujeres en su papel de madres ya sean excónyuges o ya sea madres procedentes de parejas de hecho o de derecho, se les exige ser dependientes económicamente del cónyuge fallecido o pareja de hecho o de derecho, esto es se le obliga a la mujer a tener una dependencia económica, a fin de obtener la prestación de viudedad, yendo esta obligación de dependencia en contra de la igualdad efectiva de la mujer frente al hombre y, a la vez, se hace una discriminación entre las mismas mujeres madres con hijos a su cargo que, según la estructura familiar que exista al tiempo de la muerte del sujeto causante, serán o no serán acreedoras de la pensión de viudedad. Considero que la exigencia del requisito de la pensión compensatoria es un elemento disuasorio y contrario a la protección de las madres con hijos, pues no todas tendrán la misma posibilidad puesto que depende, casi siempre y

<sup>9</sup> Vid. mi estudio “El machismo y la desprotección de las madres con hijos en la pensión de viudedad y su posible inconstitucionalidad desde una perspectiva de género. A propósito de la STS de 16 de junio de 2017”, en Revista Iustel n° 47/2017.

<sup>10</sup> Vid. un estudio de esta ley en PEREZ ALONSO, M<sup>a</sup>.A. Nueva pensión de viudedad y orfandad en el RGSS”. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia 2008, p.12 y ss; BALLESTER PASTOR, I.: “Concepto de pensión viudedad en supérstites de parejas de hecho: modulación de los efectos de la nulidad del párrafo 5 del art. 174.3º TRLGSS/94. SJS N° 26 Barcelona 6 agosto 2015 (AS 2015, 1526)”, en Nueva revista española de derecho del trabajo, N°. 184/ 2016, pp. 309 y ss. “Cuantía de la pensión de viudedad tras la Ley 40/2007, de 4 de diciembre: cambios puntuales y entrada en juego de las uniones de hecho”, en Revista Tribuna social: Revista de seguridad social y laboral, N° 209/ 2008, pp.65 y ss.

<sup>11</sup> La aportación de los hijos por madres biológicas o adoptivas está ínfimamente valorada por la legislación social como aportación demográfica a la Seguridad Social, basta observar el art. 60 de la LGSS, donde se recoge un porcentaje adicional en el cálculo de la pensión de jubilación ordinaria, incapacidad permanente y viudedad, denominado “subsidio de maternidad” y que está cifrado en un 5 % para el caso de tener 2 hijos; un 10 % para el caso de tener 3 hijos y de un 15 % para el caso de aportar 4 o más hijos; obsérvese que si se aporta 1 hijo no computa nada, algo bastante absurdo teniendo en cuenta la tasa de natalidad; de otro lado, la mujer que tiene 3 hijos se le otorga el doble de porcentaje que la mujer que ha tenido 2 hijos, cuando no se trata del doble de hijos. Convendría revisar esos porcentajes porque no guarda relación, ni proporcionalidad y se trata de forma ingrata a las mujeres que han tenido 1 hijo.

<sup>12</sup> PEREZ ALONSO, M<sup>a</sup>.A.: “La pensión compensatoria y la pensión de viudedad”. Comentario a la STSJ Cantabria de 22 de enero de 2009, en Revista de Aranzadi social n° 6/2009, pp. 115 y ss; SANCHEZ PEDRERO, A.: La obligación de alimentos en los pleitos matrimoniales. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia 2003.

<sup>13</sup> LOPEZ TERRADA, E.: “La validez de la inscripción de parejas de hecho vigente un vínculo matrimonial previo a efectos de la pensión de viudedad. STSJ Cantabria, de 10 de marzo de 2016 (AS 2016, 474)”, en Nueva revista española de derecho del trabajo, N°. 194/ 2017, pp. 327 y ss.

<sup>14</sup> Vid.STSJ de Cataluña de 5-7-2012, rec. 7004/2011, recoge el supuesto de una pareja homosexual que no tiene inscripción y se le aplica la normativa comunitaria que prohíbe la discriminación por razón de su orientación sexual; Precisamente, en relación con parejas de hecho homosexuales, se ha considerado inconstitucional la DA 3ª de la Ley 40/2007, respecto de hechos causantes producidos con anterioridad a 1-1-2009, al considerar que la existencia de hijos comunes es discriminatoria por cualquier condición familiar o social (STCO 14-2-2013, rec. 8970/2008); vid. VICENTE PALACIO, A.: “La existencia de hijos comunes como criterio atributivo de derechos en materia de viudedad: un criterio cuestionable desde la óptica de la prohibición de discriminación”, en Revista de derecho de la seguridad social, n°. 9/ 2016, pp. 23 y ss.

principalmente, del patrimonio del sujeto causante, con lo que además, se entra en otra diferenciación carente de justificación, esto es, entre pobres y ricos, por tanto entramos en la condición social que va a jugar en contra de la madre con hijos cuyo sujeto causante no tenga recursos suficientes para el pago de la pensión compensatoria<sup>15</sup>, <sup>16</sup>. En consecuencia se trataría de un supuesto de desigualdad clara entre el hombre y la mujer y, a la vez, entre las propias mujeres y madres con las mismas circunstancias familiares, si bien no con los mismos cumplimientos de los requisitos legalmente establecidos, pues quedan fuera de cobertura prestacional, todos los excónyuges, principalmente mujeres, que no perciban la pensión compensatoria, tal y como expresa el artículo 220.1.2º párrafo de la LGSS y que regula el artículo 97 del Código Civil o, en su caso, las parejas de hecho o de derecho que no acrediten dependencia económica al tiempo de la muerte del sujeto causante, en los términos que recoge el artículo 221.1. LGSS.

Además, como ya expresé en otros estudios<sup>17</sup>, desde la óptica del derecho a la Seguridad Social se está generando vacíos de protección de sectores tan importantes como pueden ser las mujeres, madres con hijos y sin hijos que, en función de su estado civil, se genera o no su derecho a la protección social a través de la pensión de viudedad y, además, en el caso de los excónyuges el vínculo matrimonial ha existido, por tanto se ha sido en algún momento parte de la “familia tradicional matrimonial” y se ha estado bajo lo que se denomina “solidaridad matrimonial” que debería seguir tras la muerte del sujeto causante en proporción al tiempo convivido con el sujeto causante, tal y como era la protección social en materia de la pensión de viudedad hasta la reforma de la Ley 40/2008. A la vez se debería considerarse inconstitucional la reforma de la Ley 40/2008, pues una reforma realizada contra las mujeres divorciadas o separadas judicialmente, puesto que ellas sí que han participado en el confort doméstico durante un determinado tiempo matrimonial tanto para el sujeto causante como para los hijos de ambos y, además, se procede de una estructura familiar convencional en su origen, tan protegida todavía en España. Por ello considero que se debería considerar inconstitucional la reforma de la Ley 40/2007 por trato desigual, discriminatorio para las madres con hijos. Al mismo tiempo, se discrimina a la pareja de hecho “no legales” o no convencionales que cumple la misma función social de madres o compañeras del sujeto causante en la que, en muchos casos, acreditan largos períodos de convivencia y de cuidado del sujeto causante y de los hijos de ambos y en la que la exigencia de la dependencia económica conculca la igualdad de los convivientes.

En suma, procede un replanteamiento de la pensión de viudedad que no sea, sin más su eliminación, como se pretendía desde algunos sectores sino al contrario procede reformular la pensión de viudedad y dar un papel relevante a la mujer en la crianza de los hijos, pues la aportación de la mujer con sus hijos resulta sumamente relevante y conveniente para la sociedad, en orden a su estabilidad y continuidad y por tanto, propugno que el legislador otorgue la pensión de viudedad a los excónyuges aunque no tenga pensión compensatoria, lo mismo a las parejas de hecho no legales, si se ha aportado hijos o se acredita un largo período de convivencia.

A la vez, se propugna que la pensión de viudedad no esté limitada en su cuantía con el importe de la pensión compensatoria fijado en el ámbito civil sino que la cuantía esté en función

<sup>15</sup> Vid. en este sentido, mi estudio “El machismos y la desprotección de las madres con hijos en la pensión de viudedad y su posible inconstitucionalidad desde un perspectiva de género. A propósito de la STS de 16 de junio de 2017”, en Revista Iustel nº 47/2017.

<sup>16</sup> En esta línea los tribunales han determinado que existe pensión compensatoria aun cuando no se le haya atribuido dicha denominación bastando que haga las veces, siempre que se impute a cargas familiares (STS de 23-2-2016, rec.2311/2014), e, incluso, se admite el percibo de la pensión de viudedad cuando se ha pactado la pensión compensatoria pero no se ha percibido nunca (STSJ de Asturias de 31-3-2016, rec. 390/2016). Del mismo modo, se considera que se cumple el requisito cuando se ha realizado un acuerdo extrajudicial incluso, cuando fallece el sujeto causante, un mes después de su suscripción (STS de 10-11-2014, rec. 80/2014). Pero, paradójicamente, la STS de 21-6-2017, rec. 1177/2016, considera que no es pensión compensatoria la cantidad abonada al cónyuge por desequilibrio económico abonada en un solo pago, en el que se había percibido más de 100.000 euros.

<sup>17</sup> Vid. en este sentido, mi estudio “El machismos y la desprotección de las madres con hijos en la pensión de viudedad y su posible inconstitucionalidad desde un perspectiva de género. A propósito de la STS de 16 de junio de 2017”, en Revista Iustel nº 47/2017.

del tiempo vivido matrimonialmente (esto es se vuelva a la situación anterior a la Ley 40/2007), con independencia de que el legislador fije un mejor derecho para el último cónyuge o pareja de hecho, en el momento de producirse la muerte del sujeto causante, tal y como ya está previsto en el art. 220.2 LGSS en el que se garantiza el 40 % del total de la pensión de viudedad. En esta línea, cabe recordar que en el ámbito civil y para el acceso a la pensión compensatoria no se precisa la prueba del estado de necesidad (STS 2-2-2018, rec. 1357/2017), con lo que con base en este dato, así mismo debería ser en el acceso a la pensión de viudedad de los excónyuges y parejas de hecho, sin necesidad de acreditar dependencia económica y deberían servir otros parámetros en el acceso a la pensión de viudedad como es el tiempo convivido con el sujeto causante y, en su caso, la existencia de hijos comunes.

## II. LA PENSIÓN COMPENSATORIA DEL ARTÍCULO 97 DEL CÓDIGO CIVIL. REQUISITOS PARA SU ACCESO

El artículo art. 97 del Código Civil establece que el cónyuge al que la separación o el divorcio produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tendrá derecho a una compensación que podrá consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido, o en una prestación única, según se determine en el convenio regulador o en la sentencia.

A falta de acuerdo de los cónyuges (STS 2-2-2018, rec. 1352/2017), el Juez, en sentencia, determinará su importe teniendo en cuenta las siguientes circunstancias:

- 1ª) Los acuerdos a que hubieran llegado los cónyuges.
- 2ª) La edad y el estado de salud.
- 3ª) La cualificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo.
- 4ª) La dedicación pasada y futura a la familia.
- 5ª) La colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge.
- 6ª) La duración del matrimonio y de la convivencia conyugal.
- 7ª) La pérdida eventual de un derecho de pensión.
- 8ª) El caudal y los medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge.
- 9ª) Cualquier otra circunstancia relevante.

De tal modo que, la pensión compensatoria puede ser temporal o por tiempo indefinido, según las circunstancias que aprecie el tribunal de lo civil (STS de 2-2-2018, rec. 1357/2017; STS de 18-1-2018, rec. 948/2017). Excepcionalmente, se considera la pensión compensatoria indefinida, es el caso de la STS de 4-4-2018 (rec. 1855/2017), pues se acreditan 47 años de matrimonio y discapacidad de la mujer. Muy habitualmente, la pensión compensatoria se declara, por los tribunales, de carácter temporal (STS de 15-3-2018, rec. 2644/2016; STS de 4-4-2018, rec. 1855/2017; STS 8-5-2018, rec. 3156/2017). No obstante, para que la pensión compensatoria sea temporal es preciso que constituya un mecanismo adecuado para cumplir con certidumbre la función reequilibradora que constituye la finalidad de la norma, pues no cabe desconocer que en numerosos supuestos, la única forma posible de compensar el desequilibrio económico que la separación o el divorcio produce en uno de los cónyuges es la pensión vitalicia (STS de 7-2-2018, rec. 1661/2017, en este caso, se reconoce durante 6 años; STS de 14-2-2017, rec. 2389/2017, se reconoce durante 15 años; STS de 30-5-2018, rec. 3687/207, se reconoce durante 9 años). En ocasiones, la percepción de la pensión compensatoria, aunque sea temporal, se condiciona a que el receptor o receptora no encuentre trabajo remunerado estable, pues en tal caso, no se tendría derecho a la pensión compensatoria (STS de 2-2-2018, rec. 1357/2017) o se tendría derecho a una pensión compensatoria menor de encontrarse un trabajo a tiempo parcial (STS de 4-4-2018, rec. 1855/2017), pero cabe que se mantenga el percibo de la pensión aunque el cónyuge comience a trabajar (STS nº 134/2014, de 25 marzo, si así se acuerda en el convenio regulador), o cuando se

trate de una pensión compensatoria atípica pactada con base en el artículo 1255 del Código Civil (STS de 21-6-2018, rec. 4378/2017).

En cuanto a la finalidad de la pensión compensatoria tiene una finalidad indemnizatoria y reequilibradora, pues trata de restaurar el desequilibrio económico que la ruptura de la relación de convivencia provoca en uno de los cónyuges, y que comporta un empeoramiento patrimonial en relación con el nivel de vida disfrutado por ambos durante la vida en común, y en comparación con el *status* conservado por el otro cónyuge. Pero no persigue igualar economías dispares, ni tampoco equiparar económicamente los patrimonios de los cónyuges, sino remediar un agravio comparativo, cumpliendo una triple función: resarcir el daño objetivo consistente en la pérdida de expectativas de toda índole como consecuencia del vínculo matrimonial, colocar al cónyuge que experimenta un empeoramiento económico en situación de potencial igualdad de oportunidades a la que hubiese tenido de no haber contraído el matrimonio, y facilitar al cónyuge que sufre tal desequilibrio un *status* semejante al que mantiene el otro al tiempo de la ruptura, y que guarde relación proporcional con la duración de la vida en común (STS 14-2-2018, rec. 2389/2017). En suma, la finalidad de la pensión compensatoria, es compensar el desequilibrio que pueda producirse como consecuencia de la ruptura matrimonial. De este modo, se ha reconocido que para reclamar la pensión compensatoria no se requiere la prueba de la necesidad (SSTS de 17 octubre y 21 noviembre 2008 y 10 marzo 2009) (STS de 2-2-2018, rec. 1357/2017). El momento a tener en cuenta para apreciar y determinar la existencia de desequilibrio es efectivamente el de la ruptura de la convivencia, debiendo traer aquél causa de dicha ruptura (STS núm. 162/2009, de 10 marzo). Si las posiciones de ambos cónyuges estuvieran niveladas en el momento de la ruptura, no existiría desequilibrio (STS de 7-3-2017, rec. 1172/2017).

De otro lado, la pensión compensatoria es un derecho disponible por la parte a quien pueda afectar, rige el principio de la autonomía de la voluntad tanto en su reclamación, de modo que puede renunciarse, como en su propia configuración y los cónyuges pueden pactar lo que consideren más conveniente sobre la regulación de las relaciones que surgen como consecuencia del divorcio o la separación (STS de 21/7/2011, de 31 de marzo). En este sentido, los cónyuges pueden pactar como pensión compensatoria la adjudicación de un bien, esto es, las partes en el ejercicio de sus propios derechos y obligaciones llegaron de forma negociada a la fijación de una pensión consistente en una prestación de tracto único (STS 14-3-2018, rec. 2508/2017; STS de 15-1-2018, rec. 2305/2016)<sup>18</sup>. Cabe de otro lado, realizar pactos prematrimoniales, si bien no cabe realizar pactos contra la ley, la moral o el orden público y causar perjuicio a terceros, como podría ser la renuncia a la pensión compensatoria, pues en tal caso, serían nulos, por ser contraria al principio de igualdad de los cónyuges (STS de 30-5-2018, rec. 1933/2017). Finalmente destacar que no existe previsión legal de pensión compensatoria para la extinción de las parejas de hecho de ningún tipo ni alimenticia en caso de necesidad, ni por desequilibrio, ni por haber trabajado para el hogar o para el otro cónyuge (STS de 15-1-2018, rec c. 2305/2016).

### III. LA PENSIÓN COMPENSATORIA O LA DEPENDENCIA ECONÓMICA COMO CONDICIONANTE EN EL ACCESO A LA PENSIÓN DE VIUDEDAD Y CUYA EXIGENCIA AFECTA, PRINCIPALMENTE, A LAS MUJERES. UNA PERSPECTIVA DE GÉNERO

Si miramos las últimas sentencias de la sala civil del Tribunal Supremo de 2018<sup>19</sup>, descritas en el epígrafe anterior, se observa como la afectación de la pensión compensatoria abarca únicamente

<sup>18</sup> SANCHEZ GONZALEZ, M.P.: la extinción del derecho a la pensión compensatoria. Editorial Comares. 2005; PEREZ ALONSO, M.A.: "La pensión compensatoria y la pensión de viudedad". Comentario a la STSJ Cantabria de 22 de enero de 2009, en Revista de Aranzadi social n° 6/2009, pp. 115 y ss;

<sup>19</sup> Vid, entre otras las siguientes sentencias de la sala de lo civil, STS de 15-1-2018, rec 2305/2016; STS de 18-1-2018, rec. 948/2017; STS 2-2-2018, rec. 1352/2017.

a mujeres y a madres y, casi siempre, con una larga trayectoria al cuidado de los hijos, del hogar y del propio cónyuge, con largos períodos de duración del matrimonio.

Casi, como norma general la adjudicación de la pensión compensatoria se hace de modo temporal a la mujer atendiendo a la edad y otros factores, principalmente, el desequilibrio económico que el divorcio puede representar a la mujer; pero, curiosamente, en casi todas ellas, si la mujer es joven la duración de la pensión compensatoria es de 1 año, si la esposa tiene 30 años (STS de 2-2-2018, rec. 1352/207), o de 2 años (STS de 30-5-2018, rec. 1933/207); en otros se fija en 6 años (STS de 7-2-2018, rec. 1661/2017), o de 9 años pese a tener una convivencia matrimonial de 32 años (STS de 3-5-2018, re. 3687/2017) y en muy pocos casos es de carácter vitalicio, al acreditar edad avanzada y 20 años de matrimonio (STS de 8-5-2018, rec. 3156/2017) o también se fija una pensión vitalicia de 100 euros (STS de 18-1-2018, rec. 948/2017).

Dado que la pensión compensatoria, en el plano civil responde a una serie de requisitos ajenos al plano de la protección social, no parece lógico que los parámetros por los que se rige la pensión compensatoria regulada en el artículo 97 del Código Civil sirvan luego para determinar el acceso a la pensión de viudedad, regulada en los artículos 220 y 221 LGSS, referidos a los excónyuges y a las parejas de hecho, esto es, directamente, una injusticia y una incongruencia legislativa, en orden a la protección integral de la familia. De tal modo que para la mujeres que no perciban la pensión compensatoria es “misión imposible”, el acceso a la pensión de viudedad, cuando se trate de excónyuges y, lo mismo sucede con las parejas de hecho o derecho, a los que también se les exige la dependencia económica, lo que supondría un claro atentado al derecho de la mujer y a su independencia económica, abocándose a la mujer a la precariedad laboral a fin de conservar los derechos “pro futuro”, del derecho a la pensión de viudedad, algo totalmente incomprensible en el momento actual de la sociedad española.

A mayor abundamiento, como se ha expresado anteriormente, cabe destacar que para reclamar la pensión compensatoria del artículo 97 del CC no se requiere la prueba de la necesidad (SSTS de 17 octubre y 21 noviembre 2008 y 10 marzo 2009; STS de 2-2-2018, rec. 1357/2017), por lo que mal se entiende que se deba acreditar la situación de necesidad o dependencia económica para reclamar la pensión de viudedad, como sí que se exige a los excónyuges, en los supuestos de divorcio o separación judicial y a las parejas de hecho, en función de tener hijos o no tenerlos con el sujeto causante, o, simplemente en función del número de hijos. Considero que esto, simplemente, es una burla del sistema de protección social a la labor de la mujer en el cuidado del hogar y al cuidado de los miembros de su familia. Esta situación encaja en un absurdo legislativo que empieza con la propia regulación del artículo 97 del Código Civil cuando cambió la naturaleza de la pensión compensatoria de indefinida a temporal mediante la Ley 15/2005, de 8 de julio, pues no cabe duda que plantearse una pensión compensatoria de 6 años por la atención al cuidado del hogar de más de 20 años (STS de 8-5-2018, rec. 3156/2017), es poco menos que muy desproporcional, o cuando se establece la pensión compensatoria sólo hasta que la mujer encuentre trabajo indefinido, sin tener en cuenta el desgaste y la entrega que se hace a los miembros de la familia. Si bien, es cierto que en el plano civil se asigna dos tipos de pensiones la alimenticia para los hijos y de otro lado la del excónyuge, no hay que olvidar que el doble plano de protección queda roto a la muerte del sujeto causante, pues en estos supuestos lo que provoca la muerte del sujeto causante es desequilibrio económico muy importante que antes de la Ley 40/2007, estaba equilibradamente suplido con el devengo de la pensión de viudedad por parte de los excónyuges en proporción al tiempo vivido matrimonialmente, de tal forma que el excónyuge cobraba la pensión de viudedad que unida a la exigua pensión de orfandad, hacían un todo en la protección social de la familia.

Actualmente, tras la reforma de la Ley 40/2007, en la que se rompió esa equivalencia en la protección social, se ha dado paso a un supuesto contrario consistente, como se ha dicho, en exigir a los excónyuges para el devengo de la pensión de viudedad el percibo de la pensión compensatoria del artículo 97 CC (cuya regulación es ajena al ámbito social) y para el caso de ser pareja de hecho, acreditar dependencia económica, de tal modo que si no se cumplen dichos

condicionantes no se accederá a la pensión de viudedad y los huérfanos se quedarán con las exiguas cuantías de la pensión de viudedad generando importantes carencias económicas en estas unidades familiares. En consecuencia, se propone volver a la situación anterior a la Ley 40/2007, esto es, a la situación anterior a 1-1-2008, para seguir devengando las viudas excónyuges o parejas de hecho con descendencia, la pensión de viudedad como fórmula de protección de los hijos que, son en definitiva, el futuro de cualquier sociedad moderna. Se debe proteger a las familias cualquiera que sea su estructura familiar. Esta situación, en mi opinión, es una reminiscencia del machismo que todavía reina actualmente en la sociedad española y que parte de un modelo patriarcal en la estructura familiar que desde luego, ya no existe en las nuevas generaciones y que tampoco existe en la antiguas generaciones, pues este modelo patriarcal y tradicional de la familia española se destruyó con la Ley 30/1981, de 7 de julio, conocida como “ley del divorcio”<sup>20</sup>.

De otro lado, cabe destacar que si se observa el número y concesión de la pensión compensatoria, ésta, casi siempre, resulta ser temporal y afectan principalmente a las mujeres. Así, básicamente, si analizamos las resoluciones judiciales sobre la denegación de la pensión de viudedad en la que no se percibe pensión compensatoria al tiempo de la muerte del sujeto causante, dichas resoluciones denegatorias afectan en la gran mayoría de los casos a mujeres, tanto madres con hijos (excónyuges sin pensión compensatoria y parejas de hecho “no legales” con hijos) y también esposas sin hijos a las cuales no se les reconoce el papel de madres y además, opera una discriminación directa contra su estado civil de divorciadas y separadas, proscrito en el art. 39 de la CE y art. 14 CE, esto es, su estado civil de divorciadas y separadas juega en contra de su derecho a la protección de la pensión de viudedad y en las que se acredita importantes períodos de convivencia matrimonial. Es el caso de las siguientes supuestos, entre otros muchos: STSJ de Cataluña de 9-2-2016, rec. 6337/2015: mujer con 1 hijo (pareja de hecho no legal); STSJ de Cataluña de 16-11-2015, rec. 4969/2015: mujer no consta hijo en la sentencia (pareja de hecho no legal, en el que consta escritura de préstamo hipotecario); STSJ de Castilla y León/ Burgos de 12-2-2015, rec. 28/2015: mujer no consta hijo en la sentencia (pareja de hecho no legal y no cumple la DT 18ª LGSS)<sup>21</sup> que acredita 26 años de convivencia; STS de 21-6-2017, rec. 1177/2016: mujer no consta hijo en la sentencia (divorcio sin pensión compensatoria mensual) que acredita 33 años de convivencia; STS de 21-7-2016, rec. 2713/2014: mujer con 1 hija acreditan 19 años de convivencia (pareja de hecho no legal); STSJ de Navarra de 30-9-2016, rec. 364/2016, (pareja de hecho “no legal”, sin hijos) que acredita 18 años de convivencia y en la que consta el cuidado del sujeto causante.

Precisamente, esta exigencia de percibo de la pensión compensatoria para los excónyuges (divorciados o separados) resulta exigible, aun cuando sea el único perceptor posible de la pensión de viudedad, por no existir otro beneficiario y sin que el sistema de Seguridad Social ofrezca ninguna protección, en atención al tiempo vivido matrimonialmente con el sujeto causante, siendo precisamente este el criterio utilizado por el art. 220.2. LGSS, en los casos en los que existe concurrencia de beneficiarios. No obstante, no se exige pensión compensatoria para los casos que recoge la DT 18ª LGSS añadida por la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, referidos a excónyuges que cumplan determinadas circunstancias, respecto de divorcios o separaciones anteriores a la reforma de la Ley 40/2007 (STSJ de Cataluña de 20-10-2015, rec. 3623/2015; STS de 22-12-2016, rec. 1466/2015), en tales casos, la cuantía de la pensión de viudedad no está condicionada a la cuantía de la pensión compensatoria (STS 23-2-2017, rec. 2759/2015; STS de 9-2-2017, rec.

<sup>20</sup> Vid. mi estudio La pensión de viudedad en el Régimen General de la Seguridad Social. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia, 2000, pp. 154 y ss; Vid. un estudio completo de la Ley del divorcio, en mi tesis doctoral: “La pensión de viudedad en el Régimen General de la Seguridad social. Universidad de Valencia. Valencia, 1998 (base de datos Universidad de Valencia, Roderic).

<sup>21</sup> Vid. BALLESTER PASTOR, I.: “Concepto de pensión viudedad en supérstites de parejas de hecho: modulación de los efectos de la nulidad del párrafo 5 del art. 174.3º TRLGSS/94. SJS N° 26 Barcelona 6 agosto 2015 (AS 2015, 1526)”, en Nueva revista española de derecho del trabajo, N° 184/ 2016, pp. 309 y ss. “Cuantía de la pensión de viudedad tras la Ley 40/2007, de 4 de diciembre: cambios puntuales y entrada en juego de las uniones de hecho”, en Revista Tribuna social: Revista de seguridad social y laboral, N° 209/ 2008, pp.65 y ss.



1456/2015). Lo mismo sucede con las parejas de hecho cuyo acceso a la pensión de viudedad queda condicionado a la dependencia económica, en los términos que fija el art. 221 LGSS. De este modo, a las madres procedentes de parejas de hecho se les vincula el acceso de la pensión de viudedad a la dependencia económica y en función de los hijos<sup>22</sup> se fija la dependencia económica, por tanto, también aquí hay una diferencia de trato, que también cabría determinar cómo inconstitucional, de un lado por el estado civil de las madres solteras con hijos y, además, por exigirse la dependencia económica que no se exige si se procede del matrimonio convencional actualmente totalmente en desuso. Además, el sistema de Seguridad Social solo ofrece la protección a las madres con hijos procedentes de parejas de hecho “legales”, esto es que cumplan las formalidades a las que se refiere el precepto 222.2 LGSS, esto es, convivencia estable durante 5 años y certificación de inscripción en comunidades autónomas o ayuntamientos del lugar de residencia (este requisito se puede acreditar indistintamente, STS de 4-5-2017, rec. 3850/2015) o documento público donde conste la constitución de la pareja. Estos requisitos se deben cumplir simultáneamente (STS 8-11-2016, rec. 3469/2014)<sup>23</sup>.

De nuevo, si se observa, para el acceso a la pensión de viudedad se vuelve a exigir determinados requisitos que no se van a poder cumplir en todas las parejas de hecho y, de nuevo, se aboca a las madres con hijos solteras sin pareja de hecho legalmente constituida, por razón de su estado civil, a la discriminación en la protección social de la pensión de viudedad, vulnerándose, en mi opinión, claramente el art. 39.2 de la Constitución española, pues no se protege a las madres cualquiera que sea su estado civil y además, se produce una discriminación indirecta a la mujer porque la gran mayoría de las resoluciones judiciales denegatorias de la pensión de viudedad, bien por falta de pensión compensatoria o bien por falta de formalidades en las parejas de hecho, afectan, prácticamente en su totalidad sobre la mujer y madres de hijos, produciéndose en mi opinión una discriminación por razón de género prohibida en el art. 157 del TFUE<sup>24</sup>. Esto es, se trata de desigual forma a estructuras familiares idénticas, esto es padre, madre e hijos, en definitiva un absurdo conceptual, pese a que la legislación social por mimetismo con la legislación civil se empeña en distinguir las misma figuras jurídicas que en el ámbito civil, en aras de la seguridad jurídica, con consecuencias nefastas para la mujer en la protección social consiguiendo una desprotección de las madres con hijos, cuando la situación social a proteger es la misma, esto es, madres con hijos, mayores o menores que se ven desprotegidas por el sistema de Seguridad Social, simplemente por no responder a la estructura “normal y formal” de la familia, concepto éste algo denostado por la realidad social, el cual proviene de la estructura machista de la sociedad, en el que la familia no solo está formada por vínculos matrimoniales imperecederos sino con vínculos “no formales” y “no normales”, esto es parejas de hecho inscritas o no inscritas y madres con hijos divorciadas o separadas que ven como su contribución a la sociedad mediante la crianza de hijos acaba mermada en el momento del acceso a la pensión de viudedad, esto es, se produce una disociación entre la realidad social y la realidad jurídica, cada vez más pronunciada y que resulta necesaria atajar, a menos que la crianza de los hijos tan necesaria en esta sociedad envejecida y con graves problemas de sostenibilidad del sistema de Seguridad Social, quiera rechazar negando la

<sup>22</sup> Precisamente, en relación con parejas de hecho homosexuales, se ha considerado inconstitucional la DA 3ª de la Ley 40/2007, respecto de hechos causantes producidos con anterioridad a 1-1-2009, al considerar que la existencia de hijos comunes es discriminatoria por cualquier condición familiar o social (STCO 14-2-2013, rec. 8970/2008); vid. VICENTE PALACIO, A.: “La existencia de hijos comunes como criterio atributivo de derechos en materia de viudedad: un criterio cuestionable desde la óptica de la prohibición de discriminación”, en Revista de derecho de la seguridad social, n.º. 9/ 2016, pp. 23 y ss.

<sup>23</sup> Curiosamente, la STSJ de Cataluña de 5-7-2012, rec. 7004/2011, recoge el supuesto de una pareja homosexual que no tiene inscripción y se le aplica la normativa comunitaria que prohíbe la discriminación por razón de su orientación sexual.

<sup>24</sup> BALLESTER PASTOR, M.ª.A.: “Derecho a la no discriminación y otros derechos del trabajador”, en AA. VV.: Derecho del Trabajo. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia 2016, p. 402.

protección a las madres con hijos. En este sentido, SOLEDAD TRUPA<sup>25</sup> considera que “la mujer se define en función del otro porque ella es el sujeto subordinado en las relaciones entre géneros”. Así, el problema central son los “los significantes y valoraciones asociadas a los mismos”, de tal modo que “las relaciones entre hombres y mujeres nos permiten pensar en términos de inferioridad y superioridad”. Por su parte, la autora nos recuerda que la “maternidad supone para la mujer un gran costo de su salud personal, fuerzas y estabilidad”; a la vez que se ocupa de los procesos naturales relativos a la reproducción de la especie. En mi opinión, parece evidente, que este esfuerzo de la mujer con el aporte de hijos al mundo deja de tener compensación por la sociedad y, por ende, a través de la pensión de viudedad, salvo que se proceda de una estructura formal de la familia.

Además, esta medida contra las madres con hijos procedentes de situaciones de divorcio y separación que no acrediten la pensión compensatoria en el momento de la muerte del sujeto causante o parejas de hecho “no formales” determina además, otros efectos perversos contra los hijos de dichas madres y consiste en que dado que las madres no perciben la pensión de viudedad esos hijos tienen una mayor penuria económica<sup>26</sup> que el resto de los hijos que proceden de matrimonios convencionales o parejas de hecho “formales”, de tal modo que se produce una discriminación indirecta por razón de la filiación que el art. 39 de la Constitución española prohíbe. Así, los hijos de madres con matrimonio y vínculo matrimonial activo o parejas de hechos “formales”, al tiempo de la muerte del sujeto causante percibirán pensión de viudedad y los hijos pensión de orfandad y, por el contrario, los hijos de las madres divorciadas o separadas sin pensión compensatoria y los procedentes de parejas de hecho “no formales” percibirán pensión de orfandad, pero dado que las madres no percibirán la pensión de viudedad, ello provoca, como se ha expresado, una penuria económica para el hijo<sup>27</sup>, no justificada y carente del más mínimo sentido ético y jurídico y atenta contra el principio de igualdad de los hijos, con independencia de su filiación que proscribe el art. 39 de la Constitución española, amén del propio art. 14 de la Constitución tanto en su versión de igualdad ante la ley como de no discriminación tanto desde el punto de vista de “cualquier otra condición o circunstancia personal o social” a la que alude el precepto constitucional.

#### IV. CONCLUSIONES

Actualmente, se está sesgando la protección entre mujeres para el acceso a la pensión de viudedad sin justificación alguna, máxime teniendo en cuenta que dicha circunstancia afecta, además de forma sustancial a los hijos de estas unidades familiares que verán mermado el acervo económico familiar, además de sentimental, esto es, los hijos pierden a su padre y su madre pierde la pensión de viudedad por no estar constituida la unidad familiar al uso legal, por claras reminiscencias del machismo y que, a día de hoy la jurisprudencia no es recepticia a esta problemática, de tal modo que se permite con total libertad hacer la segregación entre familias legales (las que cumplen todos los requisitos de la ley) y las no legales, entre familias convencionales pero no legales (proceden de estructuras matrimoniales extinguidas por divorcio o separación, sin pensión compensatoria) y entre familias reales pero no legales (proceden de parejas de hecho, pero no de derecho o no tienen dependencia económica), en suma núcleos familiares atípicos.

<sup>25</sup> SOLEDAD TRUPA, N.: “Repensando la maternidad: el caso de las parejas lesbianas usuarias de nuevas tecnologías reproductivas”, en Monográfico: AA.VV. Cuestiones de género: de la igualdad y la diferencia. En Revista Universidad de León nº 12/2017, pp. 11-12.

<sup>26</sup> A los hijos de madres divorciadas o separadas se les deniega el incremento de pensión de orfandad absoluta, vid. STSJ de Cataluña de 26-1-2012, rec. 2156/2011.

<sup>27</sup> Cabe destacar que a los hijos cuyas madres no reúnen los requisitos para el acceso a la pensión de viudedad se les deniega la condición de huérfanos absolutos, vid. STS de 25-2-2015, rec. 929/29014; aunque por excepción y con anterioridad a esta sentencia algunos tribunales reconocieran esta posibilidad en atención a una discriminación por razón de filiación: STSJ del País Vasco de 23-1-2007, rec. 2443/2006; País Vasco de 23-4-2012, rec. 796/2012; STSJ de Asturias de 25-6-2010, rec. 723/2010.

En mi opinión, la pensión de viudedad se debería abonar siempre, al menos, que existan hijos del sujeto causante con independencia de la fórmula con la que se haya creado la estructura familiar, ya sea matrimonio o no, pareja de hecho o no, pues actualmente, se vive en una sociedad totalmente diferente a la estructura familiar existente en 1967<sup>28</sup>, y donde los padres no necesariamente conviven juntos, pero se genera, en mi opinión, al menos una deuda con la madre biológica, que la sociedad debe cumplir con la pensión de viudedad y que no basta con el exiguo reconocimiento del complemento de maternidad fijado en el artículo 60 LGSS.

El no abono de la pensión de viudedad en dichos núcleos familiares “atípicos”, esto es, excónyuges sin pensión compensatoria o parejas de hecho o de derecho sin dependencia económica, no sólo afecta a las madres y mujeres sino que repercute negativamente en los hijos de estas unidades familiares, pues pierden gran parte de la protección familiar que se ofrece a través de la pensión de viudedad; sus derechos económicos se ven mermados en comparación con otros hijos que procede de estructuras convencionales y legamente prefijadas por la ley, con lo que se estaría provocando un trato desigual a los hijos y a las madres que atentaría al artículo 39 de la CE, en el que se recoge la igualdad de los hijos cualquiera que sea su filiación y el de las madres, cualquiera que fuera su estado civil<sup>29</sup>.

Esta desprotección en la falta de acceso a la pensión de viudedad afecta, como se ha dicho principalmente a las madres y ello, en mi opinión, daría lugar a estar conculcando varios preceptos constitucionales, de un lado, el artículo 14 de la Constitución tanto desde la perspectiva de la igualdad como de la discriminación<sup>30</sup>. A la vez, que se estaría conculcando el derecho de las madres a la protección cualquiera que sea su estado civil, de conformidad con lo postulado en el artículo 39 de la Constitución española puesto que el estado civil les condiciona en el acceso a la pensión de viudedad. Igualmente, de forma indirecta estaría atentando a los hijos de dichas unidades familiares que al tener padres que no cumplan los requerimientos legales se les ve privados a ellos mismos, de la pensión de viudedad que le podía corresponder a su madre, con lo que se les priva estos hijos de un mejor confort económico que si tendrán los hijos de uniones familiares convencionalmente legales matrimoniales vigentes o no vigentes pero con pensión compensatoria y parejas de derecho con dependencia económica.

En mi opinión, este trato desfavorable es una disfunción del matrimonio originado por el machismo reinante a día de hoy entre las relaciones de pareja entre hombres y mujeres. Es una reminiscencia del pasado franquista donde el hombre se casaba con una única mujer que no trabajaba, panorama totalmente distinto y opuesto al actual<sup>31</sup> lo que provoca que la norma actual provoque importantes desajustes en la protección de la familia y, por ende, en la protección de la mujer. Esta desprotección de la mujer que vive en matrimonio o en pareja sea de hecho o de derecho, se ve agravada todavía mucho más si la mujer es madre con hijos y ha dedicado un largo periodo de tiempo al cuidado del hogar, esto es, al cuidado del marido o pareja, al cuidado de los hijos propios o de su marido o pareja, al cuidado de ascendientes del marido o pareja o de los suyos propios, al cuidado de otros familiares y un sinfín de situaciones que resuelven las mujeres,

<sup>28</sup> Se reguló la pensión de viudedad por la OM de 13-2-1967 y cuyo texto todavía está vigente manteniéndose muchos de sus preceptos.

<sup>29</sup> Vid. sobre esta cuestión y los argumentos esgrimidos mi estudio “El machismo y la desprotección de las madres con hijos en la pensión de viudedad y su posible inconstitucionalidad desde un perspectiva de género. A propósito de la STS de 16 de junio de 2017”, en Revista Justel nº 47/2017.

<sup>30</sup> Vid. BALLESTER PASTOR, M.ª A.: “Derecho a la no discriminación y otros derechos del trabajador”, en AA. VV.: Derecho del Trabajo. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia 2016, p. 404, donde se describe con toda claridad la diferencia entre discriminación directa e indirecta; vid. el interesante estudio de esta autora “Reformas en materia de protección social e impacto de género: un estudio crítico”, en Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social, N° 112/, 2011, pp. 51-90.

<sup>31</sup> MORENO ALVAREZ, A.: “Otros modos de ser/amar”, en Monográfico: AA.VV. Cuestiones de género: de la igualdad y la diferencia. En Revista Universidad de León nº 12/2017, pp.224-225; SOLEDAD TRUPA, N.: “Repensando la maternidad: el caso de las parejas lesbianas usuarias de nuevas tecnologías reproductivas”, en Monográfico: AA.VV. Cuestiones de género: de la igualdad y la diferencia. En Revista Universidad de León nº 12/2017, pp. 11-12.

como es el caso de ser proveedoras de alimentos en el núcleo familiar, cuidado de todos los miembros familiares y cuyo papel de protección de la unidad familiar, se ve desprotegido a la hora tanto de las rupturas sentimentales (divorcio, separación o nulidad), como de las rupturas por razón de la muerte del sujeto causante<sup>32</sup>.

De este modo, si observamos detenidamente la norma en el acceso a la pensión de viudedad solo se accede a la misma si la vida en común, versus unión familiar, se realiza de una forma legal, bien por la vía matrimonial o por la vía de pareja de derecho, quedando fuera de cobertura todas las modalidades de uniones familiares que no se ajusten a los parámetros legales, esto es, quedan sin protección todas los núcleos familiares “atípicos”. Esta exclusión en la protección social que, aparentemente, puede tener un cierto sentido, a fin de evitar proteger uniones que no tengan la connotación de “familiar” o como expresa la norma, de “uniones con análoga relación de afectividad” (art.221 LGSS), deja sin protección numerosos núcleos familiares que, aun siendo núcleos familiares procedentes de matrimonios legalmente constituidos, al tiempo del fallecimiento del sujeto causante, no cumplen con alguno de los requisitos de acceso a la pensión de viudedad. Así sucede con los excónyuges que no perciben pensión compensatoria al tiempo de la muerte del sujeto causante y lo mismo sucede con los núcleos familiares procedentes de parejas de hecho o de derecho que no tienen dependencia económica al tiempo de la muerte del sujeto causante. En ambos casos, la norma les excluye del percibo de la pensión de viudedad.

En esta línea, cabe destacar, que el requisito de la dependencia económica podría considerarse en su origen un requisito legalmente fijado por la norma, a modo de requisito del legislador y formaría parte de eso que se denomina la “legalidad ordinaria”. Pero, este requisito de la dependencia económica, aparentemente inocuo, no lo es tanto, cuando la exigencia de la dependencia económica afecta, de facto y principalmente a las mujeres y, por ello, se trataría de una discriminación indirecta que habría que atajar de inmediato, a menos que las mujeres en su papel de madres se vean sometidas a la discriminación.

A la vez el requisito de la dependencia económica sirve como parámetro, en el ámbito civil, para la cuantificación de la pensión compensatoria prevista en el artículo 97 del Código Civil, de tal modo que si la mujer no tiene dependencia económica no será acreedora de la pensión compensatoria o ésta será temporal y, a su vez, determinará en el plano de la protección social, la denegación de la pensión de viudedad. En la práctica, el acceso a la pensión compensatoria se generará en muchos casos cuando la madre se haya dedicado exclusivamente al cuidado del hogar, pues si la madre estaba incorporada al mercado de trabajo o ésta es joven, la pensión compensatoria se fija de forma temporal e, incluso, puede ser que ni se le asigne si no hay desequilibrio económico, de tal modo que por esta vía civil se le incluye o excluye de la vía de protección en el ámbito de la Seguridad Social.

La adjudicación de la pensión compensatoria, en el plano civil, determina la adjudicación de la pensión de viudedad, en el plano social. Esta consecuencia, no deja de sorprender, puesto que en el ámbito civil priman los intereses económicos, cuando en el ámbito de la protección social deben primar las necesidades de los individuos sobrevivientes, en la línea del artículo 41 de la Constitución española, puesto que los que están al cuidado del sujeto causante, de forma directa o indirecta y, aunque la mujer no perciba pensión compensatoria, el sujeto causante actúa de proveedor de sustento económico y de ayuda mutua, en casos excepcionales, como ayuda de gastos extraordinarios para estudios, en problemas de salud, etc., pero a su muerte esa ayuda periódica o excepcional se rompe, definitivamente, privándose de golpe a la familia de toda ayuda

<sup>32</sup> Vid. la interesante sentencia del TJEDH de 8-12-2009, Demanda 49151/2007, (caso Muñoz Díaz), recoge el supuesto de una mujer casada por el rito gitano desde hace 30 años, con 6 hijos y 19 años de cotización del sujeto causante, que se le deniega la pensión de viudedad por no reconocimiento de efectos civiles del matrimonio gitano. Se estima la demanda por discriminación por razones étnicas.

Precisamente, en esta sentencia se puede ver como las formalidades jurídicas de carácter civil determinan la desprotección social en estructuras familiares bien consolidadas y se les deniega la “solidaridad post mortem”, que justifica el acceso a la pensión de viudedad.

recibida por éste, dado que no se le adjudicó a la mujer la pensión compensatoria. En este sentido, considero que la Ley 40/2007 es inconstitucional cuando pasó a exigir a los excónyuges el percibo de la pensión compensatoria para el acceso a la pensión de viudedad, además de que, aun cumpliendo este requisito de pensión compensatoria, la cuantía de la pensión de viudedad viene determinado por el importe de la propia pensión compensatoria<sup>33</sup>, algo también incomprensible, pues no cabe duda que el importe de la pensión compensatoria está en función del patrimonio que tenga el sujeto causante en el momento de producirse el divorcio y, carece de justificación, que la circunstancia del patrimonio económico del sujeto causante, determine la cuantía de una pensión pública en el sistema de Seguridad Social, algo incomprensible y que no guarda ninguna relación con las bases de cotización que consten en el sistema de Seguridad Social, procedentes de la cotización del sujeto causante según reza el art. 220.1 2º párrafo LGSS.

A su vez, esta estructura machista genera una discriminación desde la perspectiva de género en el acceso a la pensión de viudedad, que está prohibida en el art. 157 TFUE<sup>34</sup> lo que está provocando innumerables casos de desprotección social de las madres con hijos en el acceso a la pensión de viudedad y, lo mismo, sobre la mujer sin hijos y ello, precisamente, porque se parte de una estructura familiar “legal” o “habitual” que ya no existe en la actual sociedad española. Así, el trato desigual reside en que a las madres que tienen la condición o estado civil de excónyuges del sujeto causante se les exige la percepción de la pensión compensatoria para poder disfrutar de la pensión de viudedad que, en la mayoría de casos se fija por los tribunales civiles como pensión temporal; lo mismo sucede si se trata de mujeres sin hijos, lo que provoca una clara discriminación desde la perspectiva de género, puesto que en la mayoría de los casos, pese a la normalidad e igualdad de la norma que afecta por igual tanto a hombres y mujeres, en la generalidad de los casos, dado que se sigue una estructura machista y convencional de la familia, está dejando fuera de protección a las madres y mujeres que no cumplan los estándares de normalidad, esto es, se hace una discriminación triple, por razón de género (afecta a más mujeres que hombres), por razón del estado civil (casadas y no casadas o divorciadas o separadas que no cumplan determinadas condiciones legales; parejas de hecho “no legales” que no cumplan determinados estándares legales al uso desde la perspectiva de una estructura machista de la sociedad) y por razón de la condición social (pobres o ricos, según el patrimonio del sujeto causante se tendrá derecho a la pensión compensatoria, caso de los excónyuges). La misma condición social afecta a las parejas de hecho, esto es, se exige dependencia económica respecto del otro, esto es, en la práctica se exige subordinación de la mujer respecto del hombre, al ser ésta la condición habitual en la sociedad machista y sin reconocer, en suma, el papel de la mujer como madre. Lo mismo sucede con las parejas de hecho que se les exige la dependencia económica para el acceso a la pensión de viudedad. De este modo, considero que la exigencia del requisito de la pensión compensatoria es un elemento disuasorio y contrario a la protección de las madres con hijos, pues no todas tendrán la misma posibilidad puesto que depende, casi siempre y principalmente, del patrimonio del sujeto causante, con lo que además, se entra en otra diferenciación carente de

<sup>33</sup> Vid. los problemas en la determinación de la pensión de viudedad cuando la asignación de la pensión compensatoria está en entredicho, STS de 16-6-2017, rec. 874/2016 deniega la pensión de viudedad a una madre con dos hijos que acredita una convivencia matrimonial de 22 años con el sujeto causante, siendo el único sujeto beneficiario de la pensión y tiene la condición de excónyuges por separación judicial sin pensión compensatoria a la muerte del sujeto causante.

En esta sentencia se recoge el supuesto de una separación judicial en la que se pacta una pensión compensatoria temporal de 5 años por importe de 150 euros que le extinguió en el año 2008 y una pensión de alimentos para el hijo menor de 400 euros, si bien en el momento de la muerte del sujeto causante se percibía mensualmente una cantidad de 600 euros desde de diciembre de 2012 a julio de 2014, siendo la fecha de la muerte del sujeto causante en septiembre del 2014. La cantidad de 600 euros se ingresaba a una cuenta bancaria a nombre de la excónyuges y del hijo mayor.

El Tribunal considera que no se podía entender como pensión compensatoria la cantidad recibida de 600 euros durante 20 meses, porque la asignación pactada de 150 euros (como pensión compensatoria) no podía transformarse automáticamente en 600 euros y que dicha cantidad podía responder a otros ingresos, para el hijo mayor.

<sup>34</sup> BALLESTER PASTOR, M.ª.A.: “Derecho a la no discriminación y otros derechos del trabajador”, en AA. VV.: Derecho del Trabajo. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia 2016, p. 402.

justificación, esto es, entre pobres y ricos<sup>35</sup>, por tanto entramos en la condición social que va a jugar en contra de la madre con hijos cuyo sujeto causante no tenga recursos suficientes para el pago de la pensión compensatoria. Además, puede ser que se acuerde pagos esporádicos compensatorios sin que tampoco se adquiriera la condición formal de pensión compensatoria.

---

<sup>35</sup> SANCHEZ PEDRERO, A.: *La obligación de alimentos en los pleitos matrimoniales*. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia 2003.

## **CAPÍTULO XII. ¿PROTECCION JURIDICA DE LA FAMILIA? PROPUESTAS A DEBATE CIENTIFICO Y SOCIAL**

NICOLÁS SÁNCHEZ MORALES<sup>1</sup>

*Escuela Granadina de Derecho del Trabajo y S. Social  
Máster en Fiscalidad Internacional UE-España-Marruecos*

*Experto en Creación de Empresas e Inversiones Empresariales en la Oriental del Reino de Marruecos*

### **I. ANALISIS DE LA CONFIGURACION SOCIAL ACTUAL DE LA FAMILIA Y EL NUEVO ROL DE LA MUJER EN ELLA**

En los últimos cuarenta años del Estado Social y Democrático de Derecho, la mujer ha ido asumiendo nuevos roles en la sociedad española. Desde la anterior situación de sometimiento a la tutela paternal o marital, la mujer se ha ido incorporando de manera activa y positiva a la sociedad, asumiendo un nuevo estatus social y personal, consolidándose como un sujeto activo de la comunidad nacional, incrementando su avance en los legítimos e históricos derechos que, como persona y ser humano, ética y moralmente le corresponden por derecho propio.

El Prof. Dr. Vida Soria, con motivo de la regulación jurídica del derecho de huelga en el nuevo ordenamiento jurídico español de 1978, decía desde la tribuna de oradores del Congreso de los Diputados

“La huelga es el arma más destructiva de la clase obrera, que la cede al sistema para su regulación, porque, si no estuviese regulado jurídicamente dejaría de existir?. No. Sería una libertad...” ello me ha hecho comprender que “ el arma más destructiva de la persona, sea o no obrera, es su libertad” y las mujeres, en el legítimo ejercicio reivindicativo de sus derechos, le están marcando al sistema, y cediéndole al mismo, la regulación jurídica de sus derechos y reivindicaciones. Así pues, no es el sistema, es decir, los legítimos representantes políticos y agentes sociales del mismo, quienes les han otorgado a las mujeres tales derechos, sino que ellas han sido, son y serán quienes cedan los mismos al sistema y determinen, con sus actos reivindicativos, su contenido y regulación jurídica.

En 1986 mantenía en mi artículo LA MUTACION MORFOLOGICA DEL TRABAJO, publicado en la Revista Collegium “Respecto a la MUJER se ha de reconocer que el empleo de las mujeres es el primer problema y la gran oportunidad del mercado de trabajo español. Las tasas de desempleo doblan a las de los hombres y su participación y niveles de ocupación son los más bajos de Europa. El potencial de crecimiento del empleo femenino es el mejor activo para aproximarnos a Europa”

Su incorporación sea producido en ámbitos sociales y productivos, posiblemente motivada por la mayor sensibilidad y concienciación de la sociedad española, sin olvidar los históricos y actuales actos de reivindicación directamente ejercidos por las mujeres españolas.

De hecho, el reconocimiento y regulación de los derechos de la mujer, hacia la igualdad real y efectiva con el hombre, se han plasmado, en primer lugar, en el proceso del reconocimiento de sus derechos civiles. Tal vez, porque esta nueva regulación, sobre la existente con anterioridad a la

---

<sup>1</sup> A mi MAESTRO y Director actual de mi Tesis Doctoral. Prof. Dr. JOSE VIDA SORIA. Con mi respeto y cariño.

Constitución Española de 1978, era la menos conflictiva en su normalización, la más básica de sus reivindicaciones, y respecto a la que había mayor consenso en la sociedad.

Esta nueva regulación a favor de la igualdad en derechos entre mujeres y hombres, basada en la modificación del Derecho Civil Español, fundamentalmente del Derecho de Familia y Sucesorio, ha dotado a la mujer de un mayor protagonismo y relevancia en la obsoleta, caduca y desfasada institución familiar existente hasta esos momentos históricos. Se incorpora, de pleno derecho, por legitimidad propia, en la institución familiar con un nuevo rol, que ha provocado una mutación morfológica en la organización de la familia.

En la doctrina científica se debate hoy sobre la conveniencia y necesidad de modificar, en general, el sistema económico y social y de las unidades de producción, en particular.

Se hace necesaria, de manera urgente, la celebración de un Gran Acuerdo Social y Político de Estado, dejando de lado los intereses partidistas de unos y otros, y primando el bien general.

España ha de recuperar su protagonismo en le Europa de la Competitividad, como economía que lidere junto a los países de nuestro entorno más avanzados industria, tecnológica y socialmente hablando. Para ello reclamamos, exigimos doctrinalmente, la cooperación y aportación de propuestas, así como el consentimiento expreso de todos los agentes sociales y políticos de la nación, más allá de la oportunidad legítima de cada uno de ellos de defender, de manera exclusiva y partidista, sus propuestas y soluciones a la cuestión planteada.

En la última década, la mujer se ha incorporado de manera decisiva a todos los ámbitos de la comunidad, y muy significativamente al sistema productivo español y europeo. Ha tomado un papel primordial en la planificación de programas de emprendimiento, en su incorporación como generadora de actividad productiva en la economía de mercado. Reclamando y obteniendo, aunque insuficientemente en este rol, su derecho a ser remunerada, por la actividad productiva contratada con los titulares de las unidades de producción, en plano de igualdad con el resto de los sujetos masculinos de la relación. No solo en el ámbito de la retribución, sino que la igualdad ha de ser total, abarcando todos los derechos que en él le corresponden por justicia y equidad.

En este ultimo sentido, si bien el incremento en las contrataciones de mujeres en las unidades de producción ha avanzado, aun siguen existiendo, en nuestros días, discriminaciones excesivas en materia de la plena equiparación salarial entre hombres y mujeres, en la actividad funcional contratada, en los modelos de contratos pactados, en la regulación de la jornada laboral, así como otras muchas situaciones que en estos momentos no vamos a abordar, pero que ratifican tozudamente que aún quedan grandes y múltiples metas por conseguir.

No estamos reclamando un sistema de ayudas protectoras de la mujer, todo lo contrario, pues si se adoptase este sistema, la estaríamos relegando a un papel subsidiario, subvencionado que denigraría más su situación socio-laboral.

Reclamamos, con todas nuestras fuerzas, una nueva regulación jurídica de pleno reconocimiento, tutela y garantía de sus derechos, en total situación de igualdad y equiparación con los hombres, que motive una nueva configuración técnico jurídica en la estructura de sus derechos y de la relaciones, de cualquier naturaleza, en las que participe, sea como sujeto activo como pasivo de las mismas.

La mujer, por su incorporación a las unidades de producción, sea como empleadora o como titular de la actividad productiva contratada que reclama su justa retribución económica, ha comenzado a aportar, a la unidad familiar, nuevos ingresos que permiten un mejor y mayor desarrollo humano de sus miembros, amén de una aportación más, al sostenimiento de la familia ante la crisis económica que hemos padecido, y que tanto esfuerzo nos está costando superar, con la aportación colectiva de todos los españoles.

Hasta nuestros días se ha venido hablando del sistema de protección social de las familias, de manera muy especial para aquellas que tienen aun el cuidado de los hijos. Ya está bien de hablar de protección. Reclamamos una nueva regulación de reconocimiento, tutela y garantía de sus derechos, como personas libres que son y dignas titulares de los mismos.



Así pues, la normativización de de derechos básicos como la conciliación de la vida laboral, personal y familiar, los incentivos a la familias para su desarrollo económico y social, entre otros, son derechos de obligado reconocimiento en el emergente ordenamiento jurídico del siglo XXI.

Esta nueva regulación ha de ser transversal, universal, ética y equitativa, que, a fin de cuentas, ordene de forma armoniosa todas aquellas actuaciones y normativas que, inicialmente, pudieran considerarse contrarias o discrepantes. Compromiso ineludible de los sujetos políticos y sociales de la nación, que deberán abordar materias, entre otras, de igualdad, corresponsabilidad, educación, vivienda, fiscalidad etc.

Aun queda mucho camino por andar, pero como decía Machado, “se hace camino al andar y al volver la vista atrás, se ve la senda que nunca se volverá a pisar.” Esta es la vereda que hemos de recorrer, en el camino colectivo de la búsqueda del bien común, en este Congreso, de la familia como institución social, de la mujer y los miembros que componen aquella.

## **II. CONFIGURACION TECNICO JURIDICA DE LA NUEVA REGULACION NORMATIVA Y PACCIONADA**

### **1. CONCEPTOS Y PRINCIPIOS BASICOS SOMETIDOS A DEBATE Y CONSIDERACION**

Ante esta situación se hace imprescindible la elaboración de un nuevo ordenamiento jurídico que configure el nuevo estatus de la familia, elemento básico del sistema social español, sujeto jurídico social con personalidad propia y el de todos y cada uno de los miembros que la compongan.

Debe tener presente esta regulación, todos los tipos familia que, conforme a la nueva realidad social, han ido apareciendo en España. Por ello, se ha de abordar un nuevo concepto de familia y tipos de la misma.

Así pues, situaciones tales como, el Estado Civil, circunstancia de las personas físicas, fundamentado en los vínculos de los componentes de la unidad familiar, que genera situaciones de derechos y obligaciones, se sitúa en el epicentro de la norma jurídica. Ésta ha de asumir el debate riguroso, metódico y científico, en aras a regular de forma definitiva la institución familiar de nuestros días, dado que es un elemento esencial de la comunidad.

La tendencia sexual, tanto en su concepción de identidad de género como de identidad sexual, armoniza y acomoda los aspectos físicos y psíquicos de las personas, por lo que ha de estar presente en la estructuración del nuevo ordenamiento jurídico.

Según la Declaración de la Asamblea General de la Asociación Mundial de Sexología, celebrada en la ciudad de Hong Kong, el día 26 de agosto de 1999, en el 14º Congreso Mundial de Sexología “Los derechos sexuales son derechos humanos fundamentales y universales”.

Se ha de estar muy cuidadoso, en esta área de la nueva regulación, sobre tales circunstancias. Es fácil confundir el término orientación sexual con conducta sexual. Sin embargo son diferentes, pero requieren ser abordados conjuntamente a la hora de orientar el pleno reconocimiento jurídico de estas situaciones.

La orientación sexual es un estado de seducción sensible y sensitiva, apasionada y sentimental, de naturaleza sexual o erótica, exteriorizada emotiva y afectuosamente, normalmente con vocación de estabilidad en el tiempo, hacia otra persona o ser.

La conducta sexual engloba cualquier hábito o rutina de carácter erótico sensual, que la persona puede realizar consigo misma, con otra persona del mismo o diferente sexo e, incluso en grupo.

Ambas han de tomarse en consideración, pues como se expuso en Las Jornadas de Actualización en Salud Sexual UNED-ESPILL (2011) dentro de los programas desarrollados en el Máster en sexología de la UNED: “ La reproductividad, el género, el erotismo y los vínculos

afectivos o el amor son aspectos que determinan nuestra sexualidad. Deben concebirse como un todo en sí mismo.....”

La filiación, si bien es un estado civil de las personas, es considerada como un nexo, natural o jurídico, que se establece entre dos o más personas, denominadas por el código civil español como ascendientes y descendientes, que engloba el nacimiento de obligaciones y derechos entre sus componentes, dotando de especial naturaleza y contenido a estas relaciones en general, y a la familia en particular.

Es por ello, por lo que la referenciamos como circunstancia propia de la persona y familia, que requiere una atención “sui generis” por el legislador. El artículo 39 de nuestra Constitución mandata a los Poderes Públicos “asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia”, amen como “la protección integral de los hijos, iguales estos ante la ley con independencia de su filiación, .....

No estamos conformes con la terminología de “protección”. Reclamamos la modificación del texto constitucional y de todas aquellas normas que utilicen el término “protección social,” en cualquier ámbito o tipo de derechos que regulen. No es justo mantener que es protección social el reconocimiento pleno de los legítimos derechos de personas o colectivos, tales como las mujeres, menores de edad, personas con diferente movilidad funcional o estado emocional psíquico, demandantes de empleo, en situación de vulnerabilidad o dependencia.

Hablar de “protección “es relegarlos a un segundo plano, que en nada responde a la realidad objetiva y ética. Todos ellos, y las personas en situaciones análogas, son los legítimos titulares de los derechos a regular en el siglo XXI.

El Nuevo Pacto Social, así como la legislación emergente del mismo, ha de asegurar y salvaguardar la igualdad de derechos y oportunidades de todos los miembros de la unidad familiar en los diversos ámbitos sociales, económicos y sociales del Estado Social y Democrático de Derecho Español.

Ello ha de suponer la organización y acoplamiento de todas las actuaciones y proyectos entre las distintas instituciones públicas y sociales en esta materia. Corrigiendo las actuales situaciones de desigualdad en el ámbito civil, de empleo, económicas, especialmente retributivas, que padecen las mujeres y los miembros de unidades familiares en situación de pobreza o vulnerabilidad, con especial ahínco de las familias con miembros en situación de movilidad funcional, emocional o psíquica particular. Regulando de manera definitiva la conciliación y corresponsabilidad de la vida de las familias y sus miembros, tanto en su ámbito personal como familiar y laboral.

El artículo 40.1 de la Constitución Española ordena a los poderes públicos:” promover las condiciones favorables para el progreso social y económico y para una distribución de la renta regional y personal más equitativa, en el marco de una política de estabilidad económica. De manera especial realizarán una política orientada al pleno empleo”

Pero la realidad de esta crisis económica, que supuestamente hemos superado ¿?, es tozuda y demuestra que esa redistribución de la renta no ha sido por igual para todas las personas ni regiones. Los desequilibrios económicos y sociales son patentes en nuestros días. Las Administraciones Públicas han actuado por libre y sin coordinación real y efectiva entre ellas. Han emergido nuevos colectivos en situación de vulnerabilidad, entre ellos las familias en situación de pobreza y desigualdad, lo que requiere afrontar, de manera valiente y decidida, la nueva legislación que tutele y corrija tales situaciones.

## **2. PROPUESTAS DE CONTENIDO MATERIAL, PARA EL ENERGENTE ORDENAMIENTO JURIDICO**

El concierto universal que venimos defendiendo ha de contener actuaciones de naturaleza transversal. Su contenido ha de abordar medias de naturaleza fiscal, social, de derecho privado, judiciales y de procedimiento administrativo, entre otras.

Desde nuestra humilde opinión, algunos de los temas que se deben someter a debate son los que a continuación referiremos.

Nuestro actual Derecho de Familia está pendiente de adaptarse a las nuevas realidades que han emergido en nuestra sociedad. Ha de inspirarse en nuevos principios emanados de los derechos humanos reconocidos en la legislación y tratados internacionales, así como en la nueva configuración social que transforman y revolucionan este tipo de relaciones entre personas.

Este nuevo Derecho de Familia no ha de conformarse con dar solución específica a cada caso presentado individualmente, sino que, por lo contrario, ha de constituir un conjunto normativo congruente, racional y lógico, que garantice los derechos de la familia y sus miembros en la sociedad del siglo XXI, con especial atención a reconocer y garantizar, entre otros, la igualdad entre los esposos e hijos, individual y colectivamente considerados. El reconocimiento y tutela de los derechos del mal débil en la relación.

Ha de fundamentarse en el principio de la autonomía de la voluntad de las partes del artículo 1255 del código civil, por lo que la intervención del Estado, una vez aprobadas las normas en esta materia, ha de ser mínima. Debe prevalecer el mutuo acuerdo de las partes tanto en la constitución de las relaciones familiares, como en los actos tendentes a solucionar los problemas que surjan en el seno familiar.

El papel de los poderes públicos en España viene marcado por el artículo 9.1 de nuestra constitución de 1978. “corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud..... I”

Una vez reconocidos tales principios y derechos, así como la tutela efectiva de los mismos, serán las partes o miembros de la unidad familiar quienes, conforme a ley, ejerzan y desarrollen los mismos. Primando el acuerdo de las partes sobre la intervención del Estado, que se ha de limitar al establecimiento de los mecanismos de mediación extra judicial y los procedimientos judiciales de solución de conflictos familiares, en los supuestos que no se produzca el mutuo acuerdo entre las partes.

Aún queda mucho por avanzar en el reconocimiento, definición y regulación de situaciones referentes a las familias monoparentales, numerosas, con progenitores o hijos con movilidad física o psíquica reducida y las recientes familias de acogida, que proporcionan a los menores acogidos, no solo un hábitat familiar, sino también, los medios necesarios para su desarrollo formativo y afectivo, en tanto estén en ésta situación de acogida a la espera de su reincorporación a su familia biológica.

Como apunta el Doctor y Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Granada, Luis Moreno Quesada, “hay que abordar de forma clara y contundente la regulación de los derechos de las personas en situación vital MORE UXORI, es decir, aquellas personas que llevan cinco años de convivencia como si estuvieran casados. En estos supuestos, se les ha de reconocer como verdaderas y auténticas unidades familiares, con plenitud de derechos y obligaciones”.

El artículo 47 de nuestra ley de leyes, reconoce como derecho de los españoles “a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho.....”

¿Estamos ante un derecho de naturaleza subjetiva? Seguramente no. Posiblemente estemos ante lo que la doctrina científica define como un derecho social. Que en nada atribuye a su titulares la actuación realizable de adquisición inmediata y clara de “una vivienda digna y adecuada”, como le otorga el texto constitucional.

El contenido literal de este artículo delimita su normalización, lo que manifiesta una situación de heterogeneidad específica, por la intersección de circunstancias diversas, a la hora de delimitar el contenido formal y material del derecho reconocido.

Ante la dificultad de acceder a la propiedad de una vivienda digna y adecuada, se hace necesario establecer un sistema de acceso a la vivienda en régimen de alquiler. La definición de los criterios objetivos de este acceso en régimen de alquiler presenta dificultades en su delimitación conceptual y enumeración, si bien la renta per capita familiar se constituye en pilar imprescindible para ello.

En definitiva defendemos el desarrollo de un concierto universal a favor de la familia que, como hemos manifestado anteriormente, proporcione la armonización de la vida familiar y profesional de sus componentes.

El derecho al devengo de medidas de carácter económico, en compensación de las situaciones en los que la unidad familiar tiene a su cargo hijos o ascendientes en situación de vulnerabilidad o dependencia, ha de imprimir carácter a las normas de seguridad social.

Defendemos la ampliación de los sujetos activos de tal derecho, como son las unidades familiares en las que alguno de sus miembros padezcan enfermedades de Alzheimer o enfermedad renal crónica o aguda, y el importe de la prestación no contributiva de la Seguridad Social por hijo a cargo, fundamentalmente de las unidades familiares que se encuentren en el umbral de pobreza, encuadrada en el Ingreso Mínimo Vital.

Nos estamos refiriendo a las prestaciones económicas por hijo o menor a cargo, nacimiento o adopción de hijo en supuestos de familias numerosas, monoparentales y en los casos por discapacidad, por parto o adopción múltiple, por cuidado de hijos o menores en régimen de acogimiento permanente o de guarda con fines de adopción o de otros familiares. No podemos olvidar que el nexo común de todas ellas, es atender a los estados de necesidad en los que se pueden encontrar las mencionadas unidades familiares, debido a la insuficiencia de ingresos, que le impide disfrutar de una vida digna y próspera, o un excesivo gasto, derivado de estas situaciones personales y familiares, para atender las necesidades de los miembros de la familia individual o colectivamente.

Igualmente entendemos que se ha de abordar la ampliación temporal del plazo para la solicitud del devengo anticipado de las deducciones por familia numerosa, por ascendiente con dos hijos o persona con discapacidad de cargo. De igual manera, esta extensión normativa ha de englobar al incremento de los sujetos con derecho a la mencionada anticipación de las deducciones fiscales, los requisitos para solicitar el abono anticipado, así como, entre otras materias, la reducción de los periodos mínimos de cotización en la adquisición al derecho de abono anticipado de las mismas.

En lo concerniente a los medios de prueba y fundamento en la acreditación del grado de discapacidad en los supuestos de incapacidad declarada judicialmente, se ha de abordar, de manera rigurosa, en aras a su ampliación y mejora, no solo la delimitación de los procedimientos de su justificación del mencionado grado, sino también, los referentes a los sistemas de evaluación de los medios de prueba, en especial en los procedimientos de enjuiciamiento en la materia.

Queremos hacer una manifestación de voluntad respecto al contenido y significado del concepto jurídico de “incapacidad declarada judicialmente” de la actual ley del IRPF. No estamos conformes con la doctrina mantenida hasta la fecha por el Tribunal Económico Administrativo Central, (resolución 03651/2012/00/00, Unidad resolutoria: Vocalía Duodécima, Fecha de la resolución: 24/04/2013), defendiendo que dicho termino “se refiere únicamente a la incapacidad civil contemplada en el Código Civil y en la Ley de Enjuiciamiento Civil.”, “sin que pueda extenderse el ámbito de aplicación de las mencionadas normas tributarias a supuestos en que hayan recaído resoluciones de órganos de otro orden jurisdiccional distinto al civil”.

Defendemos nuestro más firme convencimiento, por razones de equidad, justicia e igualdad, de que el ámbito de aplicación de las mencionadas normas tributarias, sí puede aplicarse a los supuestos en que haya recaído resoluciones de órganos de otro orden jurisdiccional distinto al civil.

No podemos olvidar que el artículo 9.2 de La Constitución Española de 1978 le confiere a los poderes públicos la potestad, pero también la obligación de “promover las condiciones para que la

libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud.....”.

Así pues, en la futura concertación social hacia el siglo XXI, estos temas habrán de abordarse obligatoriamente.

Las personas en situación de movilidad funcional o psíquica reducida tienen legítimo derecho a que se incremente, en situaciones y cuantía, las disminuciones de la carga tributaria de las incorrectamente denominadas personas en situación de discapacidad, cuando son contribuyentes, o con ascendientes o descendientes a su cargo en igual situación, esencialmente en lo concerniente a la cuantificación del mínimo personal y familiar

Los gastos deducibles por los trabajadores activos en situación de movilidad reducida se han de incrementar sobre sus rendimientos por actividad laboral o profesional, así como las aportaciones que se realicen a favor de patrimonios protegidos o planes de pensiones que se concierten a su favor.

Tema de especial interés es el referente a las deducciones por obras de adecuación de viviendas para la personas de movilidad reducida. La celebración de este acuerdo marco debe abordar tales temas, como expondremos en el párrafo siguiente. La Administración Central no tiene esta competencia de forma exclusiva, sino que las Comunidades Autónomas tienen asumidas potestades normativas y legislativas en la materia. Todas ellas han desarrollado un ingente conjunto de leyes y reglamentos, de estímulos de naturaleza tributaria, que permite deducir gran parte de los gastos ocasionados por las mencionadas obras de adecuación con tal fin. Dado la farragosa y dispersa legislación estatal y autonómica de este tipo de deducciones, consideramos firmemente la necesidad de adecuar u ordenar tales medidas tributarias.

No solo se deberá incrementar la cuantía máxima a deducir anualmente en el IRPF, sino que la ampliación de los gastos de conservación y reparación, de sustitución de elementos como ascensores y otros medios que mejoren la calidad de vida de estas personas, así como las que se pudieran llevar a cabo en jardines, plazas de garaje y otros hábitat que utilicen estas personas, requirieren ser actualizados e incrementados en reconocimiento de su legítimo derecho a disfrutar de una vida plena humana y profesional.

En materia socio laboral, el contenido principal de las normas y planes de actuación ha girado hasta ahora, de manera principal aunque no única, acerca de la regulación de los modos de conciliar los hábitos de utilización de horarios laborales por el sujeto contratante de horas productivas en la unidad de producción, en su propio interés y el de su familia.

Por ello se ha de avanzar en la regulación e incremento en el ámbito temporal de los permisos de paternidad, mejorar el estado de las familias en situaciones de vulnerabilidad y la conciliación de la vida profesional y familiar de las personas tanto a través de las normas jurídicas como paccionadas.

Pero no podemos darnos por satisfechos, todo lo contrario, queda mucho por hacer. Cuestiones como el derecho a reserva de puesto de trabajo, la compatibilización de jornada en los supuestos de cuidado de hijos menores, constituyen, por derecho propio, parte del objeto del futuro conjunto normativo de naturaleza jurídica y de negociación colectiva.

Independientemente de las actuaciones que puedan llevar a término los poderes públicos en cumplimiento del mandato constitucional del artículo 39 de promover “la protección social...de la familia.... y la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil...”, y de los menores en general, las normas no normativas de los convenios colectivos pueden y deben regular, entre otras materias, la constitución de guarderías, que faciliten el desempeño de las horas productivas contratadas por las mujeres o padres con hijos menores a su cargo o con ascendientes en la mismas situación.

El texto constitucional determina la función social de la propiedad privada y, por ende, de la propiedad de los medios de producción, por lo que esta demanda ha de ser objeto de atención y

desarrollo a través de los procesos de negociación colectiva por los sujetos titulares de los medios de producción.

Para finalizar, queremos hacer una breve referencia a la constitución y desarrollo de los servicios necesarios para llevar a término lo expuesto hasta el momento

La Constitución Española de 1978, (la Constitución del consenso y concordia nacional), proclama que “ España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”.

Ni en este artículo, ni en el resto del contenido del Texto Constitucional, se hace proclamación o reconocimiento del llamado por la doctrina “Sistema Público de Servicios Sociales”

Si es cierto que la Constitución de 1978, en diferentes artículos de la misma, mandata a los poderes públicos la defensa y promoción del Estado de Bienestar, otorgándoles importantes competencias en la materia a las Comunidades Autónomas. Mantengo y confirmo que, en igualdad de derechos, también a las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla. (Algún día referiré porque se denominan Ciudades Autónomas.)

Con reconocimiento de derecho fundamental de las personas y obligación ineludible de los poderes públicos, el artículo 41 de la C.E. insta, afecta y compele a tales poderes públicos a “mantener un régimen público de Seguridad Social para todos los ciudadanos.” y “garantizar la asistencia y prestaciones sociales suficientes ante situaciones de necesidad...” de los españoles.

A partir de este artículo constitucional, se ordena para el siglo XX el nuevo Estado de Bienestar, confiriéndole a todas la Entidades Públicas, en el ámbito Nacional, Autonómico y Local, la obligación de programarlo y controlar la ejecución y desarrollo del mismo.

Desde nuestro punto de vista, la Constitución Española, en su artículo 50, no otorga competencia exclusiva en esta materia a los poderes públicos. Todo lo contrario, la función de las Administraciones Publicas de España, en ésta área de la vida social española, es “...promover.....un sistema de servicios sociales...”

Las Administraciones Publicas españolas, tienen una doble función. De un lado, organizar, favorecer e impulsar tales servicios, de otro, proteger su desarrollo y ejecución.

La ejecución y puesta en práctica de tales servicios se podrá hacer por la Administración Pública exclusivamente, mediante la gestión mixta público-privada, o por la iniciativa privada, sea en su concepto social o mercantilista.

La prestación de los mencionados servicios de forma exclusiva por la Administración Pública conlleva inexorablemente a un excesivo incremento del gasto público, lo que al final implica obligatoriamente un aumento de la carga impositiva que, como siempre, sufrirán los asalariados públicos o privados, las pymes y autónomos o emprendedores. La realidad histórica de nuestro país lo demuestra, al igual que ha quedado testimoniado que esa subida en la presión fiscal nunca llega a las grandes fortunas, a las entidades financieras, especialmente a los bancos, ni al resto de las personas jurídicas de fuerte capacidad económica. Amén de ralentizar la actividad económica del país.

La gestión mixta se caracteriza, en general, por exteriorizar: confusión de funciones de los sujetos intervinientes, excesivo control administrativo y burocrático de la Administración Pública, falta de clarificación de objetivos y programas de desarrollo eficaz y efectivo en los medios y formas de ejecución, etc.

La participación de la iniciativa privada, en su concepción o social o mercantil, se articula como el medio idóneo y rentable del desarrollo de las medidas adoptadas por la Administración. Ésta ha de ser garante de su fiel y estricta ejecución, a través de sus funciones de control y seguimiento de las mismas. Ha de generar un ámbito normativo, articulado, coordinado, acorde, congruente y racional respecto a los programas y derechos reconocidos y al cumplimiento de los

finés marcados en ese nuevo ordenamiento jurídico, pues la realidad social y nuevas situaciones personales que en ella se generan, individual y colectivamente, está a años luz de la anquilosada legislación actual, incapaz de distinguir y diversificar los derechos de las personas en situación de vulnerabilidad, la familias entre otros, y las medidas que constitucionalmente tiene mandatadas en favor de la consecución y avance del nuevo Estado de Bienestar de los ciudadanos.

La función fiscalizadora de las distintas Administraciones sobre el desarrollo y ejecución de los mencionados planes o servicio, ha de ser y estar meramente orientada a garantizar el cumplimiento fiel de los mismos.

Hago mías las palabras de la Doctoranda del Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la UGR, Victoria Sánchez Mas, en su comunicación a las Jornadas " HACIA UNA SOCIEDAD PARA TODAS LAS EDADES", recientemente celebradas en la ciudad de Granada, cuando afirma: "La esencia de la participación de la Administración, en materia de servicios públicos, ha de ser garantizar su establecimiento, continuidad en su desarrollo y evolución de adaptación a las nuevas situaciones de vulneración social que se puedan dar"

Pero a ello añado, que la labor de control y seguimiento, por parte de la Administraciones Publicas Españolas, no puede ser estrictamente fiscalizadora en su sentido más literal de la palabra, excesivamente burocrática, obsoleta en sus métodos y procedimientos, limitativa de la gestión ágil, eficaz, metódica y rigurosa de los mismos, sino que, por el contrario, ha de tener, como principios básicos de actuación, la utilización de todos los medios que el avance tecnológico pone en la actualidad a disposición de la sociedad, siendo una labor garante del cumplimiento fiel de las normas que crean y constituyen tales servicios. Pero no intervencionista al más puro estilo de épocas ya superadas en nuestra sociedad.

La iniciativa privada, por esencia propia, es el verdadero motor de la actividad económica, y por lo tanto, del progreso social de los españoles. Único sujeto con capacidad para generar empleo sin incrementar el gasto público, y asumir, de esa forma entre otras, la función social que tiene encomendada por la Constitución Española de 1978.

La Administración Pública si puede, ! debe!, establecer los sistemas o procedimientos de ejecución por la iniciativa privada, mediante las vías de los conciertos sociales, la contratación externa de los servicios aprobados, o dejando a la libertad de las instituciones privadas, su estructuración de desarrollo y ejecución.

Servicios tales como la atención temprana, ayuda a domicilio, tele-asistencia, Centros de Atención Diurna o de Atención Residencial, entre otros, han mejorado en su prestación, cuando son realizados por instituciones sin ánimo de lucro o mercantiles.

Al fin y al cabo, estamos ante la necesidad de articular un nuevo sistema jurídico, capaz de atender, regular y armonizar todos y cada uno de los derechos que legítimamente les corresponden a las personas e instituciones en situación de vulnerabilidad, entre los que se encuentra la familia, como institución elemental de la sociedad española.

Termino realizando varias suplicas al legislador y doctrina científica, dado que estamos en un foro internacional y en un Congreso convocado por la Asociación Española de Seguridad Social, que tiene y ha de cumplir una función de "Altavoz Social" de las cuestiones y problemas planteados en los colectivos en situación de vulnerabilidad. Hoy dedicado a la FAMILIA.

### III. SUPPLICAS REIVINDICATIVAS

#### PRIMERA:

Siguiendo en la línea abierta por la Doctoranda Victoria Sánchez Mas en la comunicación anteriormente citada, "queremos hacer una llamada de atención sobre las personas que sufren una discapacidad intelectual, los grandes olvidados de la legislación social actual"

"Requiero humildemente la atención social, respecto a las mal llamadas personas en situación de discapacidad intelectual (trastornos bipolares, esquizofrenia y análogos).Para mí, PERSONAS

CON MOVILIDAD PSÍQUICA DIFERENTE. Han sido, son y me temo que seguiremos igual, LOS GRANDES OLVIDADOS DEL LEGISLADOR.

Hago mías las afirmaciones del Profesor Asociado de la Universidad de Barcelona y Director de los Servicios de Secretaría de la Diputación de esta ciudad, cuando afirma en su obra Nuevos Derechos y nuevas respuestas, publicada en Cuadernos de Derechos Humanos nº 49. Instituto de Derechos Humanos Pedro Arrupe. Universidad de Deusto, 2008

“Los derechos humanos son aquellas provisiones, expresadas de forma legal y de otras maneras, que son necesarias para la respuesta a las necesidades sociales de las personas y para promoción de la cohesión social y solidaria (Daly, 2002b:2)”

“...en el marco general de los derechos humanos uno de los principales valores de referencia sería el de la igualdad, (de oportunidades y de trato y, consiguientemente, la no discriminación y la inclusión)”

SEGUNDA:

Solicito humildemente la atención del legislador y doctrina científica para LAS FAMILIAS EN LAS QUE ALGUNO DE SUS MIEMBROS PADEZCAN IRREGULARIDADES O DEFICIENCIAS DE NACIMIENTO, TRASTORNOS O MALFORMACIONES DE ESTA NATURALEZA. Las denominadas, en la doctrina científica tradicional, “enfermedades congénitas”.

Tanto unos como otros han de incentivar la investigación, rigurosa y fundada, sobre las causas específicas de su origen, así como los factores de riesgo, (socioeconómicos, demográficos y genéticos) que puedan darse en estas personas y familias.

#### **IV. RUEGO TERMINOLÓGICO Y CONCEPTUAL**

Dejemos los términos como protección social, asistencia social respecto a las personas y colectivos en situación de vulnerabilidad, exclusión social, dependencia y estados análogos. Hablemos de RECONOCIMIENTO Y REGULACION DE SUS LEGÍTIMOS DERECHOS, EN PLANO DDE IGUALDAD CON EL RESTO DE LAS PERSONAS. No son personas necesitadas de la compasión social, SON PERSONAS CON DERECHOS PROPIOS QUE REQUIEREN SU REGULACION Y RECONOCIMIENTO JURÍDICO Y SOCIAL



