

Prestaciones de la Seguridad Social y Género



PRESTACIONES DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y GÉNERO



OISS

ORGANIZACIÓN
IBEROAMERICANA
DE SEGURIDAD SOCIAL

Coordinado por Eva María Blázquez Agudo

Índice

| | |
|--|----|
| 1. PRÓLOGO | 5 |
| <i>Dra. Gina Magnolia Riaño Barón. Secretaria general de la Organización Iberoamericana de Seguridad Social (OISS)</i> | |
| 2. LA INCIDENCIA DEL GÉNERO EN LA REGULACIÓN LEGAL DE LAS PRESTACIONES POR MATERNIDAD Y PATERNIDAD DE LA SEGURIDAD SOCIAL | 7 |
| <i>Dra. Elisa Sierra Hernáiz. Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Pública de Navarra</i> | |
| 3. LA REFORMA DE LAS PENSIONES DE JUBILACIÓN DESDE UNA PERSPECTIVA DE GÉNERO | 17 |
| <i>Dra. Olimpia del Águila Cazorla. Prof. Titular (interina) de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid</i> | |
| 4. MÁS ALLÁ DE LA FLEXIBILIZACIÓN DEL RECONOCIMIENTO DE LA PENSIÓN DE VIUDEDAD. LA NECESIDAD DE SUSTITUIR LOS DERECHOS DERIVADOS POR DERECHOS PROPIOS | 25 |
| <i>Dra. Eva M. Blázquez Agudo. Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Carlos III</i> | |
| 5. LA PROTECCIÓN A LA FAMILIA DESDE UNA PERSPECTIVA DE GÉNERO | 39 |
| <i>Dra. María Gema Quintero Lima. Universidad Carlos III de Madrid</i> | |
| 6. POLÍTICAS DE EMPLEO Y ENFOQUE DE GÉNERO | 51 |
| <i>Dr. Daniel Pérez del Prado. Profesor Ayudante Doctor (acreditado Profesor Titular) Universidad Carlos III de Madrid</i> | |
| 7. LA (DES)PROTECCIÓN POR DESEMPLEO DE LAS MUJERES | 67 |
| <i>Dr. Borja Suárez Corujo. Profesor Titular de Derecho del Trabajo y Seguridad Social Universidad Autónoma de Madrid</i> | |
| 8. PROTECCIÓN SOCIAL DEL TRABAJO EN EL HOGAR, EL CASO ECUATORIANO | 77 |
| <i>Dra. Elisa Lanas M. Universidad Andina Simón Bolívar</i> | |

“La responsabilidad de las opiniones expresadas en la obra incumbe exclusivamente a sus autores/as y su publicación, en ningún caso, puede considerarse como reflejo de la opinión de la Organización Iberoamericana de Seguridad Social”.

1 PRÓLOGO

■ FOREWORD

Dra. Gina Magnolia Riaño Barón, secretaria general de la Organización iberoamericana de Seguridad Social (OISS)

En las últimas décadas hemos asistido a grandes avances en materia de igualdad formal de las mujeres en los países iberoamericanos, quienes suponen casi el 51% de la población iberoamericana, más de 330 millones de ciudadanas. No obstante, mientras que se ha avanzado notablemente en lo que se refiere a la igualdad formal, la igualdad real está aún lejos de alcanzarse. La lacra de la violencia de género y los femicidios, los obstáculos para la participación en la vida política y la falta de autonomía económica, son algunos de los graves problemas que aún persisten en la región.

En lo que respecta a los sistemas de protección social, las diferencias entre mujeres y hombres siguen siendo evidentes al tratarse de modelos basados en la tradicional división de roles por género existente en el momento de creación de estos sistemas, a los que se ha añadido algunas adaptaciones a la realidad actual. Así, se observa que entre las personas mayores de 65 años que perciben pensiones contributivas en Iberoamérica, el 37% son mujeres frente a casi el 47% de hombres, siendo muy desiguales las cuantías que perciben. Por otro lado, las mujeres son las principales receptoras de las pensiones no contributivas, de importes mucho menores, por lo que su nivel de vida en ningún caso se asimilará al de los hombres que reciben pensiones contributivas.

Esta desigualdad se deriva, en primer lugar, de la situación de las mujeres en el mercado de trabajo. Dado que los sistemas de protección social en la región son básicamente contributivos, la protección que ofrecen está ligada directamente a la participación en el mercado de trabajo y a los aportes realizados al sistema durante su vida activa. Sin embargo, el mercado de trabajo es uno de los ámbitos

donde más obstáculos enfrentan las mujeres, como muestran las menores tasas de participación en actividad (58.4% entre las mujeres y 83.8% entre los hombres), el mayor desempleo femenino (6.7% para los hombres y 9% para las mujeres), y una menor tasa global de empleo (que no llega al 50% en las mujeres, mientras que en los varones alcanza el 75%). En cuanto a los salarios de hombres y mujeres, el salario medio de las mujeres es inferior al salario medio de los hombres en todos los casos (en torno al 13% menos). Esto se debe, en parte, a que continúa la segregación horizontal y vertical del mercado de trabajo, es decir, la tendencia a emplear a mujeres en sectores considerados como femeninos (educación, servicio doméstico, etc.) —generalmente manuales, de baja productividad, que requieren menor cualificación y que están peor remunerados— y en niveles profesionales más bajos. Por todo ello, las mujeres en la región iberoamericana —en términos generales— acumulan una menor densidad de cotizaciones en su vida laboral activa en el mercado de trabajo, que se traduce en una menor protección del sistema.

Sumado a esto, los propios sistemas de seguridad social aún contienen elementos que generan desigualdad entre mujeres y hombres. Así, podríamos mencionar los propios sistemas de capitalización individual, el uso de tablas de mortalidad diferentes para hombres y mujeres —en las que, al considerarse la mayor longevidad de las mujeres, sus pensiones se ven reducidas—, o la controvertida diferencia de edades en el acceso a pensiones por vejez para hombres y mujeres. Asimismo, debemos subrayar la importancia de la falta de reconocimiento de las tareas de cuidado que realizan las mujeres y que generalmente no es tenida en cuenta en los sistemas de protección. Todo ello resulta en

una menor densidad de cotizaciones, carreras de seguro más cortas y, por tanto, un menor acceso a pensiones contributivas y por cuantías más reducidas para las mujeres.

Esta desigualdad se extiende a todos los ámbitos de la protección social en los sistemas contributivos, afectando también al acceso a los servicios de salud y tratamientos. Así, las mujeres tendrán más dificultades para acceder a la asistencia sanitaria cuando precisan más de estos servicios. No se trata únicamente de la atención ligada a su salud sexual y reproductiva, sino a los efectos en la salud de las mujeres de las dobles y triples jornadas de trabajo, de la violencia de género, de los trabajos de baja calidad, del acoso, etc. Al mismo tiempo, las mujeres precisan de servicios de salud que incluyan la perspectiva de género tanto en la investigación médica como en la práctica diaria y en la gestión de los propios sistemas de salud.

También está en juego el acceso a los servicios sociales que, en muchos casos, se proveen desde las instituciones de seguridad social, como los servicios de cuidados a las personas en situación de dependencia, una población creciente en el proceso demográfico de envejecimiento en el que nos encontramos.

Y, por último, tiene serias implicaciones en la seguridad y salud en el trabajo, en el acceso a planes de prevención de riesgos laborales y salud ocupacional, que eviten y prevengan accidentes y enfermedades laborales.

La Organización Iberoamericana de Seguridad Social (OISS), como parte de su misión de fomentar la extensión de la protección social en la región, inició en el año 2013 una nueva línea de actuación enfocada a promover la transversalización del enfoque de género en los sistemas de protección social de toda Iberoamérica.

Así, la Organización Iberoamericana de Seguridad Social incluyó en su Plan Estratégico de Trabajo el objetivo de transversalizar la perspectiva de

género en las actuaciones de la entidad a través del programa para la “Equidad de género en los sistemas de protección social en Iberoamérica”. Este programa tiene como objetivos sensibilizar al personal de las instituciones de seguridad social de la región acerca de la importancia de incluir la perspectiva de género en su trabajo y ofrecerles las herramientas para llevarlo a cabo. En el marco de este programa se imparte formación presencial y a distancia, se aprobó el “Pacto Iberoamericano por la Igualdad de Mujeres y Hombres en los sistemas de seguridad social” en septiembre de 2016 y se han elaborado dos estudios en esta materia: El primero en 2014 sobre “La perspectiva de género en los sistemas de seguridad social en Iberoamérica”, y el segundo en 2017 sobre “La equidad de género en las legislaciones de Seguridad Social iberoamericanas”.

Como parte de este programa, y en el marco de la colaboración que la OISS mantiene con la Universidad Carlos III de Madrid, la OISS apoyó la celebración de las jornadas sobre “La seguridad social desde la perspectiva de género” el 17 de octubre de 2016 en las instalaciones de la misma en Getafe (Madrid). Dirigidas por la profesora Eva María Blázquez Agudo, profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en dicha Universidad, estas jornadas congregaron a un nutrido grupo de personas de diversas instituciones académicas expertas en la materia y pusieron de manifiesto la importancia de considerar la perspectiva de género en la seguridad social en España y el resto de la región Iberoamericana. Para difundir el contenido de esta jornada, nos hemos propuesto elaborar esta publicación que recoge algunas de las intervenciones realizadas en la misma, completadas con artículos que nos aproximan a la realidad iberoamericana.

Finalmente, quisiera agradecer a todo el equipo que ha participado con sus apuntes a enriquecer esta publicación, y especialmente a su coordinadora, la profesora Eva María Blázquez Agudo, por su contribución para identificar el camino en el que podemos seguir avanzando hacia la equidad entre mujeres y hombres en la protección social.

2. LA INCIDENCIA DEL GÉNERO EN LA REGULACIÓN LEGAL DE LAS PRESTACIONES POR MATERNIDAD Y PATERNIDAD DE LA SEGURIDAD SOCIAL

THE IMPACT OF GENDER ON MATERNITY AND PATERNITY BENEFITS OF SOCIAL SECURITY

Dra. Elisa Sierra Hernáiz. Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Pública de Navarra. España

elisa@unavarra.es

Resumen: Hoy en día, y a pesar de los avances legislativos, siguen existiendo disfunciones en el acceso a las prestaciones de la seguridad social por maternidad y paternidad ya que la regulación legal perpetúa creencias sobre el rol social de la trabajadora como madre lo que no favorece los derechos de conciliación y corresponsabilidad.

Palabras clave: seguridad social, género, maternidad, paternidad

Abstract: *Today, despite legislative changes, there are still dysfunctions in access to maternity and paternity social security benefits, since legal regulation perpetuates beliefs about the social role of the worker as a mother, which does not favor rights of conciliation and co-responsibility*

Keywords: *Social security, gender, maternity, paternity*

SUMARIO: 1. Introducción. cuestiones a resaltar desde la perspectiva de género en las prestaciones de la Seguridad Social por maternidad y paternidad. 2. Los derechos de corresponsabilidad versus los derechos de conciliación de la vida laboral, personal y familiar. 3. La regulación de los permisos laborales en el estatuto de los trabajadores español. 4. Las prestaciones de la seguridad social en el ordenamiento jurídico español. 4.1. La prestación por maternidad. 4.2. La prestación por paternidad. 5. Breve referencia a la regulación jurídica en Ecuador, Colombia y Perú. 6. Recapitulación. 7. Bibliografía

1. INTRODUCCIÓN. CUESTIONES A RESALTAR DESDE LA PERSPECTIVA DE GÉNERO EN LAS PRESTACIONES DE LA SEGURIDAD SOCIAL POR MATERNIDAD Y PATERNIDAD

Tradicionalmente, en el ordenamiento jurídico español si se analiza la regulación de las prestaciones de la seguridad social desde una perspectiva de género se deduce que su finalidad principal era proteger a las trabajadoras tras dar a luz y garantizar, de esta manera, dos bienes jurídicos: su recuperación física tras el parto y la correcta atención del menor por parte de la madre durante los primeros meses de vida. Desde esta perspectiva, la única titular de los derechos de prestaciones de la seguridad social era la mujer madre a la que se le garantizaba, mediante las mismas, unos ingresos

durante la duración de la suspensión del contrato de trabajo por estas circunstancias. Esta situación venía motivada, en gran parte, por la regulación de los derechos laborales de suspensión de la relación laboral por el embarazo, maternidad y lactancia cuya titular era exclusivamente la trabajadora sin que el padre tuviera un reconocimiento legal como sujeto de derechos, salvo en caso de fallecimiento de la madre en el mejor de los casos. Por ello se puede afirmar que se trataba de una tutela unipersonal de la trabajadora, cuyo fundamento último se justificaba en un modelo y valores sociales basados en el reparto de roles discriminatorios entre sexos, tutela falsamente protectora del trabajo femenino, en el sentido de que, en un afán de protegerla en estas situaciones, realmente la discriminaba al no garantizar una igualdad de oportunidades real y no solamente formal del trabajo femenino.

Esta situación ha cambiado progresivamente en las últimas décadas, cuya última gran manifestación fue la aprobación y entrada en vigor de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOI). Dicha norma supuso el reconocimiento del permiso de paternidad, como un derecho individual y exclusivo del padre, tanto para la paternidad biológica como para los supuestos de adopción y acogimiento. A su vez, introdujo mejoras en el permiso de maternidad, ampliándolo en dos semanas si el hijo o hija tiene una discapacidad, pudiendo disfrutar de esta ampliación ambos progenitores indistintamente. En cuanto al ámbito de la seguridad social, su aprobación supuso la flexibilización de los requisitos de cotización previa para el acceso a la prestación de maternidad y la creación de la modalidad no contributiva únicamente para la maternidad biológica y la prestación económica por paternidad.

Pues bien, este presente trabajo se va a centrar en analizar la regulación legal de las prestaciones de la seguridad social con un enfoque crítico desde la perspectiva de género cuya finalidad va a ser mostrar cómo, en gran parte, sigue respondiendo a un modelo discriminatorio de la regulación del trabajo de la mujer, a pesar de los avances importantísimos que se han producido en las últimas décadas.

El punto de partida va a ser el análisis de los distintos bienes jurídicos que abarca la regulación legal dada la complejidad de los mismos, al comprender tanto aspectos físicos y biológicos, referidos a la madre y al feto y unidos a las situaciones de embarazo y parto, y aspectos no biológicos, cuyo objetivo es la atención y cuidado del menor durante los primeros meses de vida y no la madre. Respecto de éste último los sujetos titulares de las prestaciones de la seguridad social deberían de ser aquellos que generen el derecho de atención al menor y no la madre. Por lo tanto, es imprescindible delimitar claramente los bienes jurídicos protegidos y regulados para poder establecer, a posteriori, quiénes son los sujetos titulares de las prestaciones de la seguridad social. El problema que se plantea es que los sujetos titulares de las prestaciones de la seguridad social son los que disfrutan de los per-

misos de suspensión de la relación laboral por lo que se hace necesario un estudio de éstos, dada la complejidad de la regulación legal que comprende no solo la maternidad, sino también la paternidad, la adopción y el acogimiento y por la confusión existente en torno a los bienes jurídicos protegidos.

A su vez, se hace necesario, en este enfoque crítico de género, distinguir entre los derechos de conciliación de la vida laboral, familiar y personal y los derechos de corresponsabilidad ya que ambas vertientes aparecen en la regulación legal, de nuevo con claros oscuros en torno a las finalidades perseguidas respecto de las prestaciones de la seguridad social. Ello limita el objeto de estudio de este trabajo puesto que las cuestiones estrictamente unidas a las condiciones biológicas o físicas de la maternidad quedan fuera del estudio del mismo al no haber un enfoque de género puesto que la única titular es la mujer madre ya que es la única que puede dar a luz¹.

Este estudio se estructura, en primer lugar, en la delimitación de los derechos de corresponsabilidad y conciliación por las diferentes connotaciones que tienen para, en segundo lugar, analizar la regulación laboral de la suspensión de la relación laboral por nacimiento o adopción o acogimiento de un hijo, así como su atención en los primeros meses de vida para, en tercer lugar, delimitar la regulación de las prestaciones de la seguridad social unidas a estos derechos, finalizando con una breve referencia a cuál es la situación legal en Ecuador, Colombia y Perú.

2. LOS DERECHOS DE CORRESPONSABILIDAD VERSUS LOS DERECHOS DE CONCILIACIÓN DE LA VIDA LABORAL, PERSONAL Y FAMILIAR

Uno de los avances más significativos en la regulación de las distintas cuestiones relacionadas con el embarazo y la maternidad de la trabajadora y el cuidado del recién nacido fue el cambio de perspectiva de la normativa, que pasó de una vertiente protectora y paternalista del trabajo de la mujer a una vertiente promotora del mismo². Un primer paso necesario

¹ Para el análisis de las prestaciones de la seguridad social unidas a los riesgos por embarazo y lactancia natural véase: SIERRA HERNÁNDEZ, E. *Prevención de riesgos laborales, embarazo de la trabajadora y lactancia natural*. Aranzadi Thomson Reuters. Cizur Menor: 2016, págs., 121 y ss.

² Para la perspectiva histórica sobre la evolución de la normativa falsamente protectora del trabajo de la mujer desde una perspectiva de género véase: LÓPEZ RUBIA, E. *Regulación jurídica y preventiva de la seguridad y salud de la mujer trabajadora*. Aranzadi Thomson Reuters. Cizur Menor: 2015, págs., 37 y ss.

fue configurar los derechos unidos a la maternidad y cuidado de los hijos como derechos de conciliación de la vida laboral y familiar de los trabajadores de ambos sexos y no como derechos exclusivos de la mujer, fomentando su uso y protegiendo su disfrute frente a posibles represalias del empresario.

Pues bien, hoy en día uno de los grandes debates se centra en determinar la naturaleza jurídica de estos derechos, en el sentido de determinar si se trata de derechos de conciliación o de corresponsabilidad ya que las finalidades no son las mismas a pesar de que, en una primera aproximación, se tiende a identificar ambos derechos. La respuesta no es fácil quizás debido a que ambos derechos están presentes en las regulaciones laborales y de seguridad social por lo que es fundamental identificar claramente su contenido³.

Así, mientras los derechos de conciliación hacen referencia a las regulaciones que permiten a los trabajadores compatibilizar el trabajo con sus intereses familiares, vinculados a la atención de un familiar necesitado de atención⁴, los derechos de corresponsabilidad pretenden un reparto de las responsabilidades que genera la atención de un hijo incorporando a ambos progenitores al cuidado del mismo superando del modelo de reparto de tareas basado en el acuerdo o voluntad entre las partes de los derechos de conciliación. Es precisamente en ellos en los que se enfocan los nuevos retos de la igualdad real para superar el modelo social discriminatorio en cuanto al cuidado y atención de los hijos, ya que los primeros responden a un modelo de ausencia de uno de los progenitores y los segundos a uno de presencia de ambos, el padre y la madre⁵. Así delimitada, las políticas de corresponsabilidad son una manifestación de las medidas antidiscrimi-

natorias activas y del principio de igualdad sustancial y no formal⁶.

En este sentido, y en relación con las prestaciones de la seguridad social, se puede afirmar que, desde el punto de vista de género, son manifestación de ambos derechos puesto que tratan de garantizar tanto su ejercicio para conciliar la vida laboral con la atención al recién nacido durante los primeros meses de vida y, por otro, pretender cambiar el modelo de reparto de roles sociales entre sexos por el cuidado de los hijos. Analizando cada una de ellas, la prestación de la seguridad social por paternidad busca una mayor implicación en las cargas familiares por parte del padre que supone la atención al recién nacido en sus primeros meses de vida, además de garantizar unos ingresos al padre durante su disfrute.

En cambio, la perspectiva principal en la regulación de los permisos por adopción y acogimiento es la corresponsabilidad dado que la titularidad es conjunta, ocupando los derechos de conciliación un segundo lugar. En cuanto a la maternidad biológica la finalidad es preservar las especiales relaciones materno filiales durante los primeros meses de vida del hijo, de ahí que la titularidad del mismo sea de la madre y no conjunta y que se haya tenido que crear la prestación de paternidad para cubrir esos derechos de corresponsabilidad.

3. LA REGULACIÓN DE LOS PERMISOS LABORALES EN EL ESTATUTO DE LOS TRABAJADORES ESPAÑOL

El artículo 48 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 Tra-

³ Sobre la evolución y los incentivos para la aplicación de medidas de corresponsabilidad véase: MARTÍNEZ YÁÑEZ, N. M^a., "El principio de corresponsabilidad en las políticas autonómicas de conciliación" en CABEZA PEREIRO, J.; FERNANDEZ DOCAMPO, B (Directores). *Conciliación de la vida familiar y laboral y corresponsabilidad entre sexos*. Tirant lo Blanch: Valencia, 2011, págs., 245 y ss.

⁴ RODRIGUEZ BRAVO DE LAGUNA, J.J. *Dimensiones jurídico-laborales del derecho de conciliación de la vida familiar y laboral*. Aranzadi Thomson Reuters. Cizur Menor: 2015, págs., 33 y ss.

⁵ BALLESTER PASTOR, M.A. "La era de la corresponsabilidad: los nuevos retos de la política antidiscriminatoria" en *Lan Harremanak*, nº 25 (2012), págs., 55 y ss. La autora señala cómo la corresponsabilidad puede ayudar a la creación de un nuevo modelo empresarial de relaciones laborales y cómo la diferente regulación de los derechos de conciliación no favorece el reparto de tareas entre los progenitores, en gran medida motivado por el acuerdo al que tienen que llegar los padres, lo que hace que tendencialmente sean las madres los que los disfruten. La misma autora, en otro trabajo, critica el enfoque de transversalidad que se le ha dado en el ordenamiento jurídico español a este tema lo que no ayuda a su correcta implantación. BALLESTER PASTOR, M.A. "Reformas en materia de protección social e impacto de género: un estudio crítico" en *Temas Laborales*, nº 112 (2011), págs., 51 y ss.

⁶ El Derecho Comunitario Europeo ha jugado en esta materia también un papel importante. Muestra de ello es la Resolución del Consejo de 29 de junio de 2000, sobre participación equilibrada de hombres y mujeres en la actividad profesional y en la vida familiar, D.O.C.E. C/218 5, de 31 de julio de 2000. Al respecto, véase: BALLESTER PASTOR, M.A. "Conciliación y corresponsabilidad en la Unión Europea" en CABEZA PEREIRO, J.; FERNANDEZ DOCAMPO, B (Directores). *Conciliación de la vida familiar y laboral y corresponsabilidad entre sexos*. Tirant lo Blanch: Valencia 2011, págs., 17 y ss.

bajadores (ET), en sus apartados 4, 5 y 6 regulan los permisos laborales por maternidad biológica, adopción y acogimiento, y paternidad⁷. Para el supuesto de parto la duración de la suspensión será de dieciséis semanas ininterrumpidas, ampliables en dos semanas más por cada hijo a partir del segundo⁸. En este sentido, la norma suscita una serie de interrogantes fundamentalmente en cuanto a la identificación de los bienes jurídicos y la titularidad de los mismos que van a condicionar la dinámica de la prestación de la seguridad social.

Así, el primer problema que plantea la norma se refiere al reparto del período de suspensión ya que la trabajadora podrá disponer libremente de hasta diez semanas, antes o después del parto conforme a lo que ella decida, siempre que seis semanas sean inmediatamente posteriores al parto. El posible período de disfrute anterior al parto no se tiene en cuenta para dos supuestos. El primero, en caso de que fallezca la madre ya que, con independencia de que ésta realizara o no algún trabajo, el otro

progenitor podrá disfrutar del permiso completo. El segundo supuesto se refiere a si fallece el hijo, en cuyo caso tampoco se computarán las posibles semanas ya disfrutadas salvo que, una vez finalizadas las seis semanas de descanso obligatorio, la madre solicitara reincorporarse a su puesto de trabajo.

El segundo problema que se puede producir es que la madre opte, si ambos trabajan, porque el otro progenitor disfrute de una parte determinada e ininterrumpida del período de descanso posterior al parto, bien de forma simultánea o sucesiva con ella por lo que se puede producir una situación de alternancia o coincidencia en el disfrute del permiso de maternidad.

En cuanto a la regulación por adopción o acogimiento respecto de la maternidad biológica existe una diferencia de gran relevancia ya que la titularidad de los derechos es conjunta y no individual, lo que implica que los progenitores se tienen que poner de acuerdo en quién va a disfrutar del permiso⁹. Ello, además de facilitar la corresponsabilidad, no da lu-

⁷ Para el análisis de los derechos laborales véase: NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P.; LOUSADA AROCHENA, J.F. *Jornada de Trabajo y derechos de conciliación*. Madrid: Técno, 2015, págs. 35 y ss.

⁸ **Artículo 48.4 ET. A) Maternidad biológica.** *En el supuesto de parto, la suspensión tendrá una duración de dieciséis semanas ininterrumpidas, ampliables en el supuesto de parto múltiple en dos semanas más por cada hijo a partir del segundo. El período de suspensión 1.- se distribuirá a opción de la interesada siempre que seis semanas sean inmediatamente posteriores al parto. En caso de fallecimiento de la madre, con independencia de que ésta realizara o no algún trabajo, el otro progenitor podrá hacer uso de la totalidad o, en su caso, de la parte que reste del período 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. En el supuesto de fallecimiento del hijo, el período de suspensión no se verá reducido, salvo que, una vez finalizadas las seis semanas de descanso obligatorio, la madre solicitará reincorporarse a su puesto de trabajo. 2.- No obstante, lo anterior, y sin perjuicio de las seis semanas inmediatamente posteriores al parto de descanso obligatorio para la madre, en el caso de que ambos progenitores trabajen, la madre, al iniciarse el período de descanso por maternidad, podrá optar por que el otro progenitor disfrute de una parte determinada e ininterrumpida del período de descanso posterior al parto bien de forma simultánea o sucesiva con el de la madre. El otro progenitor podrá seguir haciendo uso del período de suspensión por maternidad inicialmente cedido, aunque en el momento previsto para la reincorporación de la madre al trabajo ésta se encuentre en situación de incapacidad temporal. 3.- En el caso de que la madre no tuviese derecho a suspender su actividad profesional con derecho a prestaciones de acuerdo con las normas que regulen dicha actividad, el otro progenitor tendrá derecho a suspender su contrato de trabajo por el período que hubiera correspondido a la madre, lo que será compatible con el ejercicio del derecho reconocido en el artículo siguiente. En los casos de parto prematuro y en aquéllos en que, por cualquier otra causa, el neonato deba permanecer hospitalizado a continuación del parto, el período de suspensión podrá computarse, a instancia de la madre, o en su defecto, del otro progenitor, a partir de la fecha del alta hospitalaria. Se excluyen de dicho cómputo las seis semanas posteriores al parto, de suspensión obligatoria del contrato de la madre. En los casos de partos prematuros con falta de peso y aquellos otros en que el neonato precise, por alguna condición clínica, hospitalización a continuación del parto, por un período superior a siete días, el período de suspensión se ampliará en tantos días como el nacido se encuentre hospitalizado, con un máximo de trece semanas adicionales, y en los términos en que reglamentariamente se desarrolle.*

⁹ **Artículo 48.5. ET. Adopción y acogimiento.** *En los supuestos de adopción y de acogimiento, de acuerdo con el artículo 45.1.d) de esta Ley, la suspensión tendrá una duración de dieciséis semanas ininterrumpidas, ampliable en el supuesto de adopción o acogimiento múltiples en dos semanas por cada menor a partir del segundo. Dicha suspensión producirá sus efectos, a elección del trabajador, bien a partir de la resolución judicial por la que se constituye la adopción, bien a partir de la decisión administrativa o judicial de acogimiento, provisional o definitivo, sin que en ningún caso un mismo menor pueda dar derecho a varios períodos de suspensión. 2. En caso de que ambos progenitores trabajen, el período de suspensión se distribuirá a opción de los interesados, que podrán disfrutarlo de forma simultánea o sucesiva, siempre con períodos ininterrumpidos y con los límites señalados. En los casos de disfrute simultáneo de períodos de descanso, la suma de los mismos no podrá exceder de las dieciséis semanas previstas en los párrafos anteriores o de las que correspondan en caso de parto, adopción o acogimiento múltiples. En el supuesto de discapacidad del hijo o del menor adoptado o acogido, la suspensión del contrato a que se refiere este apartado tendrá una duración adicional de dos semanas. En caso de que ambos progenitores trabajen, este período adicional se distribuirá a opción de los interesados, que podrán disfrutarlo de forma simultánea o sucesiva y siempre de forma ininterrumpida. Los períodos a los que se refiere el presente apartado podrán disfrutarse en régimen de jornada completa o a tiempo parcial, previo acuerdo entre los empresarios y los trabajadores afectados, en los términos que reglamentariamente se determinen.*

gar a arbitrariedades en cuanto a que si la madre no trabaja el padre no va a poder disfrutar del permiso, tal y como sucede con la maternidad biológica.

Por lo que se refiere a la duración de la suspensión también será de dieciséis semanas, en este caso ininterrumpidas, ampliables en dos semanas por cada menor a partir del segundo. Si los dos progenitores trabajan tendrán que ponerse de acuerdo en cuanto a su distribución, que podrá ser de forma simultánea o sucesiva, no pudiendo exceder la suma de los permisos el total de las dieciséis semanas. Si el menor adoptado o acogido es discapacitado la suspensión se prolongará dos semanas más. En los supuestos de adopción internacional, cuando sea necesario el desplazamiento previo de los progenitores al país de origen del adoptado, el período de suspensión, previsto para cada caso en el presente apartado, podrá iniciarse hasta cuatro semanas antes de la resolución por la que se constituye la adopción.

En cuanto a la paternidad, es un derecho de titularidad individual¹⁰, sea cual sea el supuesto de hecho, que da derecho a la suspensión de la relación laboral durante cuatro semanas, ampliables en dos días más por cada hijo a partir del segundo¹¹.

Pues bien, del examen de la norma se pueden extraer las siguientes características. En primer lugar, en cuanto al supuesto de hecho, se protege tanto las situaciones biológicas, como son la ma-

ternidad y paternidad, como las no biológicas, esto es, la adopción y acogimiento. En segundo lugar, y por lo que se refiere a la titularidad de los derechos, en la maternidad biológica es exclusivamente de la madre mientras que en la adopción y acogimiento es conjunta. En tercer lugar, son prestaciones unidas a los tiempos de descanso laborales, lo que implica la existencia de una relación laboral por cuenta ajena con carácter previo a su disfrute.

En cuarto lugar, y respecto de la maternidad biológica, hay una pluralidad de bienes jurídicos protegidos que explican la actual complejidad de esta prestación y los problemas que plantea en la práctica, puesto que se protege la integridad y recuperación física de la madre pero también la atención al hijo biológico durante los primeros meses de vida por parte de la madre en atención a las: "*particulares relaciones entre la mujer y su hijo durante el período que sigue al embarazo y al parto*"¹². Precisamente, es este último aspecto el que plantea los problemas más importantes desde un punto de vista de género de las prestaciones de la seguridad social por esa titularidad individual que no se corresponde a la realidad de los hechos y que conlleva graves disfunciones, como se tendrá oportunidad de ver en el apartado de conclusiones de este estudio. Esta situación no se produce en el resto de prestaciones, puesto que los bienes jurídicos del permiso de paternidad, además del atención y cuidado del menor en los primeros meses de vida,

En los supuestos de adopción internacional, cuando sea necesario el desplazamiento previo de los progenitores al país de origen del adoptado, el período de suspensión, previsto para cada caso en el presente apartado, podrá iniciarse hasta cuatro semanas antes de la resolución por la que se constituye la adopción.

Los trabajadores se beneficiarán de cualquier mejora en las condiciones de trabajo a la que hubieran podido tener derecho durante la suspensión del contrato en los supuestos a que se refiere este apartado, así como en los previstos en el siguiente apartado y en el artículo 48 bis.

¹⁰ Sobre la naturaleza y finalidad del permiso de paternidad véase: LOUSADA AROCHENA, J. F. *Permiso de paternidad y conciliación masculina*. Bomarzo: Albacete, 2008.

¹¹ **Artículo 48.7. ET. Paternidad.** *En los supuestos de nacimiento de hijo, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento de acuerdo con el artículo 45.1.d), el trabajador tendrá derecho a la suspensión del contrato por paternidad durante cuatro semanas ininterrumpidas, ampliables en los supuestos de parto, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento múltiples en dos días más por cada hijo a partir del segundo. Esta suspensión es independiente del disfrute compartido de los periodos de descanso regulados en los apartados 4 y 5.*

En el supuesto de parto, la suspensión corresponde en exclusiva al otro progenitor. En los supuestos de adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento, este derecho corresponderá solo a uno de los progenitores, a elección de los interesados; no obstante, cuando el periodo de descanso regulado en el apartado 5 sea disfrutado en su totalidad por uno de los progenitores, el derecho a la suspensión por paternidad únicamente podrá ser ejercido por el otro.

El trabajador que ejerza este derecho podrá hacerlo durante el periodo comprendido desde la finalización del permiso por nacimiento de hijo, previsto legal o convencionalmente, o desde la resolución judicial por la que se constituye la adopción o a partir de la decisión administrativa de guarda con fines de adopción o de acogimiento, hasta que finalice la suspensión del contrato por dichas causas o inmediatamente después de la finalización de dicha suspensión.

La suspensión del contrato a que se refiere este apartado podrá disfrutarse en régimen de jornada completa o en régimen de jornada parcial de un mínimo del cincuenta por ciento, previo acuerdo entre el empresario y el trabajador, y conforme se determine reglamentariamente.

El trabajador deberá comunicar al empresario, con la debida antelación, el ejercicio de este derecho en los términos establecidos, en su caso, en los convenios colectivos.

¹² Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 18 de marzo de 2004, Caso Merino Gómez, asunto C-342/01.

trata también de favorecer la corresponsabilidad del padre para lograr una verdadera igualdad social entre sexos.

4. LAS PRESTACIONES DE LA SEGURIDAD SOCIAL EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

La acción protectora del sistema público de seguridad social español reconoce las prestaciones por maternidad y paternidad en los artículos 177 y siguientes 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)¹³. Como regla general se puede afirmar que estas prestaciones van unidas a los permisos laborales contemplados en el Estatuto de los Trabajadores, pero ello no significa que la prestación de la seguridad social sea automática ya que para ser beneficiarios las mismas hay que cumplir con los requisitos de cotización y edad fijados por la norma¹⁴. Por lo tanto, se trata de una relación compleja entre el empresario, trabajador y la seguridad social que contempla tanto aspectos laborales —suspensión de los derechos— como prestacionales —acceso a las prestaciones—, cuya finalidad es la sustitución de la pérdida del salario durante la duración de la suspensión del contrato de trabajo, además de proteger el ejercicio de los derechos de conciliación y corresponsabilidad¹⁵.

4.1. La prestación por maternidad

Las prestaciones de la seguridad social por maternidad son tanto de modalidad contributiva como no contributiva¹⁶. Las situaciones protegidas en la modalidad contributiva están reguladas en los artículos 177 y siguientes de la TRLGSS¹⁷ y para el acceso a las mismas hay que cumplir dos requisitos: estar afiliado y dado de alta en la seguridad social y tener un periodo mínimo de cotización que va a depender de la edad del sujeto causante¹⁸.

Así, si el trabajador tiene menos de veintiún años de edad no se exigirá periodo mínimo de cotización. Para aquéllos que tengan más de veintiún años y menos de veintiséis el periodo mínimo de cotización exigido será de noventa días cotizados dentro de los siete años inmediatamente anteriores al hecho causante o bien tener ciento ochenta días cotizados a lo largo de su vida laboral. Por último, si el trabajador tiene más de veintiséis años de edad el periodo mínimo de cotización exigido será de ciento ochenta días dentro de los siete años inmediatamente anteriores al momento de inicio del descanso o bien acreditar trescientos sesenta días cotizados a lo largo de su vida laboral.

Respecto a los beneficiarios, para la modalidad contributiva pueden acceder tanto la madre como el padre o el otro progenitor si cumplen los requisitos exigidos mientras que para la modalidad no contributiva sólo puede acceder la madre. Por lo

¹³ Para un análisis de los derechos de conciliación desde la perspectiva de la seguridad social véase: RODRIGUEZ BRAVO DE LAGUNA, J.J. *Dimensiones jurídico-laborales del derecho de conciliación de la vida familiar y laboral*, op. cit., págs., 131 y ss.

¹⁴ "Hasta el punto de que puede existir derecho al descanso y no existir derecho al subsidio", tal y como afirma el Tribunal Supremo Español en la Sentencia de 20 de mayo de 2009, RJ 2009, 4282.

¹⁵ Por lo que se refiere al desarrollo reglamentario, es el Real Decreto 295/2009, de 6 de marzo, BOE, de 21 de marzo de 2009, por el que se regulan las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad, paternidad, riesgo durante el embarazo y riesgo durante la lactancia natural que sustituyó al RD 1251/2001, de 16 de noviembre, BOE, de 17 de noviembre de 2001, por el que se regulaban las prestaciones económicas del sistema de la Seguridad Social por maternidad y riesgo durante el embarazo. Sobre la importancia de esta norma en el sistema de seguridad social véase: AGUILERA IZQUIERDO, R; GIL PLANA, J. *Las prestaciones económicas por maternidad, paternidad y riesgo durante el embarazo y la lactancia natural. Análisis del RD 295/2009, de 6 de marzo*. Civitas: Cizur Menor, 2010.

¹⁶ En general, sobre esta prestación véase: FERNÁNDEZ-PEINADO MARTÍNEZ, A. *La prestación por maternidad*. Bomarzo: Albacete, 2013.

¹⁷ **Artículo 177. Situaciones protegidas.** *A efectos de la prestación por maternidad prevista en esta sección, se consideran situaciones protegidas la maternidad, la adopción, la guarda con fines de adopción y el acogimiento familiar, de conformidad con el Código Civil o las leyes civiles de las comunidades autónomas que lo regulen, siempre que, en este último caso, su duración no sea inferior a un año, durante los periodos de descanso que por tales situaciones se disfruten, de acuerdo con lo previsto en los apartados 4, 5 y 6 del artículo 48 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, y en el artículo 49. a) y b) de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público.*

¹⁸ **Artículo 178. Beneficiarios. 1.** *Serán beneficiarios del subsidio por maternidad las personas incluidas en este Régimen General, cualquiera que sea su sexo, que disfruten de los descansos referidos en el artículo anterior, siempre que, además de reunir la condición general exigida en el artículo 165.1 y las demás que reglamentariamente se establezcan, acrediten los siguientes periodos mínimos de cotización: a) Si el trabajador tiene menos de veintiún años de edad en la fecha del parto o en la fecha de la decisión administrativa de acogimiento o de guarda con fines de adopción o de la resolución judicial por la que se constituye la adopción, no se exigirá periodo mínimo de cotización. b) Si el trabajador tiene cumplidos veintiún años de edad y es menor de veintiséis en la fecha del parto o en la fecha de la decisión administrativa de acogimiento o de guarda con fines de adopción o de la resolución judicial por*

que se refiere a la cuantía de la prestación¹⁹ consistirá en un subsidio equivalente al 100% de la base reguladora, que, con carácter general, es la misma que la prestación de incapacidad temporal por contingencias comunes en el momento del inicio del período de descanso laboral. En los supuestos en que el descanso sea disfrutado simultánea o sucesivamente por la madre o el padre, la prestación se determinará para cada uno en función de su respectiva base reguladora.

Para las situaciones de adopción y acogimiento los requisitos para el acceso a la prestación son los

mismos que la modalidad contributiva de la maternidad, no existiendo una modalidad no contributiva.

La segunda modalidad es la prestación no contributiva de maternidad exclusivamente para las trabajadoras y solo para la maternidad biológica²⁰. El supuesto de hecho es la trabajadora que no cumple con los requisitos de cotización exigidos para la modalidad contributiva. La cuantía de la prestación, como regla general, será igual al 100 por ciento del indicador público de renta de efectos múltiples (IPREM). La duración será de cuarenta y dos días naturales, incrementándose en 14 días naturales

la que se constituye la adopción, el período mínimo de cotización exigido será de noventa días cotizados dentro de los siete años inmediatamente anteriores al momento de inicio del descanso. Se considerará cumplido el mencionado requisito si, alternativamente, el trabajador acredita ciento ochenta días cotizados a lo largo de su vida laboral, con anterioridad a esta última fecha. c) Si el trabajador tiene cumplidos veintiséis años de edad en la fecha del parto o en la fecha de la decisión administrativa de acogimiento o de guarda con fines de adopción o de la resolución judicial por la que se constituye la adopción, el período mínimo de cotización exigido será de ciento ochenta días dentro de los siete años inmediatamente anteriores al momento de inicio del descanso. Se considerará cumplido el mencionado requisito si, alternativamente, el trabajador acredita trescientos sesenta días cotizados a lo largo de su vida laboral, con anterioridad a esta última fecha.

2. *En el supuesto de parto, y con aplicación exclusiva a la madre biológica, la edad señalada en el apartado anterior será la que tenga cumplida la interesada en el momento de inicio del descanso, tomándose como referente el momento del parto a efectos de verificar la acreditación del período mínimo de cotización que, en su caso, corresponda.*

3. *En los supuestos de adopción internacional previstos en el segundo párrafo del artículo 48.5 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, y en el párrafo séptimo del artículo 49.b) de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, la edad señalada en el apartado 1 será la que tengan cumplida los interesados en el momento de inicio del descanso, tomándose como referente el momento de la resolución a efectos de verificar la acreditación del período mínimo de cotización que, en su caso, corresponda.*

19 Artículo 179 Prestación económica 1. 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. **2.** No obstante lo previsto en el apartado anterior, el subsidio podrá reconocerse por el Instituto Nacional de la Seguridad Social mediante resolución provisional teniendo en cuenta la última base de cotización por contingencias comunes que conste en las bases de datos corporativas del sistema, en tanto no esté incorporada a las mismas la base de cotización por contingencias comunes correspondiente al mes inmediatamente anterior al del inicio del descanso o del permiso por maternidad. Si posteriormente se comprobare que la base de cotización por contingencias comunes del mes inmediatamente anterior al de inicio del descanso o permiso fuese diferente a la utilizada en la resolución provisional, se recalculará la prestación y se emitirá resolución definitiva. Si la base no hubiese variado, la resolución provisional devendrá definitiva en un plazo de tres meses desde su emisión.

El complemento por parto múltiple. En el caso de parto múltiple el artículo 6.3 del Real Decreto 295/2009 reconoce un subsidio especial por parto múltiple, también para los supuestos de adopción o acogimiento de más de un menor, realizados de forma simultánea. Su duración será de seis semanas inmediatamente posteriores al parto, o, en su caso, a partir de la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituya la adopción, en cuantía igual a la que corresponda cobrar por el primero. Será abonado en un solo pago al término del período de seis semanas posteriores al parto y, en los supuestos de adopción o acogimiento múltiples, al término de las seis semanas inmediatamente posteriores a la decisión administrativa o judicial de acogimiento o de la resolución judicial por la que se constituya la adopción -art. 12.3 del Real Decreto 295/2009-.

A su vez el artículo 8.9 del Real Decreto 295/2009, establece que: *“En los casos de partos prematuros y en aquellos otros supuestos en que el neonato precise hospitalización a continuación del parto, podrá interrumpirse el disfrute del permiso de maternidad y la percepción del correspondiente subsidio, a petición del beneficiario, una vez completado el período de descanso obligatorio para la madre de seis semanas posteriores al parto. El permiso se podrá reanudar a partir de la fecha del alta hospitalaria del menor, por el período que reste por disfrutar. No se interrumpirá la percepción del subsidio por maternidad si durante el período de percepción del mismo se extingue el contrato de trabajo del beneficiario o se produce el cese de la actividad. En caso de fallecimiento de la madre, el otro progenitor podrá interrumpir el disfrute del permiso incluso durante las seis semanas siguientes al parto. Si, en los mismos supuestos antes indicados, la hospitalización tiene una duración superior a siete días, se ampliará la duración del permiso por maternidad en tantos días como el neonato deba permanecer hospitalizado a continuación del parto, con un máximo de trece semanas adicionales. Esta ampliación tendrá lugar aun cuando el beneficiario haya decidido interrumpir el disfrute del mencionado permiso, de acuerdo con lo señalado en el párrafo anterior. El disfrute del período adicional del subsidio corresponderá a la madre o, a opción de la misma, al otro progenitor, si reúne los requisitos necesarios y disfruta del descanso”.* A los efectos de esta ampliación, serán tenidos en cuenta los internamientos hospitalizados iniciados dentro de los 30 días naturales siguientes al parto —artículo 8.11 del Real Decreto 295/2009—.

20 Artículo 181. Beneficiarias. Serán beneficiarias del subsidio por maternidad previsto en esta sección las trabajadoras incluidas en este Régimen General que, en caso de parto, reúnan todos los requisitos establecidos para acceder a la prestación por maternidad regulada en la sección anterior, salvo el período mínimo de cotización establecido en el artículo 178.

si se trata de una familia numerosa; monoparental; parto múltiple o discapacidad de la madre o del hijo en un grado igual o superior al 65 por ciento.

4.2. La prestación por paternidad

La aprobación de la LOI supuso uno de los hitos más importantes en el reconocimiento de derechos de corresponsabilidad ya que reconoció la suspensión de la relación laboral por paternidad y también la correspondiente prestación de la seguridad social por primera vez en el ordenamiento jurídico español en los artículos 183-185 del TRLGSS²¹.

Así, a la prestación por paternidad tiene derecho el otro progenitor en los mismos supuestos que la prestación por maternidad. Hay que estar afiliado y dado de alta o en situación asimilada al alta y acreditar un período mínimo de cotización de 180 días dentro de los siete años inmediatamente anteriores al hecho causante o 360 días a lo largo de su vida laboral²². A su vez, hay que cumplir otra serie de requisitos dependiendo de cada situación concreta de cómo se ejerza el permiso laboral. Así, en la maternidad biológica, la titularidad del derecho es del otro progenitor exclusivamente mientras que en los supuestos de adopción o acogimiento lo

disfrutará el progenitor que acuerden. En todo caso es compatible con el permiso de maternidad si su disfrute es compartido.

Por lo que se refiere a la cuantía, es el 100 por 100 de la base reguladora establecida para la incapacidad temporal derivada de contingencias comunes (artículo 185 LGSS). En cuanto a su nacimiento empieza el día de inicio de la suspensión de la relación laboral y duración es de 4 semanas²³. Si fallece el hijo no procede su reconocimiento. En caso de parto, si la madre no tuviese derecho a suspender su actividad profesional, el otro progenitor, disfrutará el subsidio por paternidad en primer lugar y, a continuación, el de maternidad. Pero si la madre no trabaja, el otro progenitor puede percibirlo en el intervalo temporal establecido con carácter general, como si la madre hubiera disfrutado del correspondiente descanso.

5. BREVE REFERENCIA A LA REGULACIÓN JURÍDICA EN ECUADOR, COLOMBIA Y PERÚ

En Ecuador, el subsidio por maternidad se reconoce a las trabajadoras afiliadas al Seguro General Obligatorio, Doméstico y Agrícola²⁴. Si trabajan

Artículo 182. Prestación económica 1. La prestación económica por maternidad regulada en esta sección tendrá la consideración de no contributiva a los efectos del artículo 109. **2.** La cuantía de la prestación será igual al 100 por ciento del indicador público de renta de efectos múltiples (IPREM) vigente en cada momento, salvo que la base reguladora calculada conforme al artículo 179 o al artículo 248 fuese de cuantía inferior, en cuyo caso se estará a esta. **3.** La duración de la prestación será de cuarenta y dos días naturales a contar desde el parto, pudiendo denegarse, anularse o suspenderse el derecho por las mismas causas establecidas en el artículo 180. Dicha duración se incrementará en 14 días naturales en los siguientes supuestos: **a)** Nacimiento de hijo en una familia numerosa o en la que, con tal motivo, adquiera dicha condición, de acuerdo con lo dispuesto en la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de Protección a las Familias Numerosas. **b)** Nacimiento de hijo en una familia monoparental, entendiéndose por tal la constituida por un solo progenitor con el que convive el hijo nacido y que constituye el sustentador único de la familia. **c)** Parto múltiple, entendiéndose que existe el mismo cuando el número de nacidos sea igual o superior a dos. **d)** Discapacidad de la madre o del hijo en un grado igual o superior al 65 por ciento. El incremento de la duración es único, sin que proceda su acumulación cuando concurren dos o más circunstancias de las señaladas.

²¹ **Artículo 183. Situación protegida.** A efectos de la prestación por paternidad, se considerarán situaciones protegidas el nacimiento de hijo, la adopción, la guarda con fines de adopción y el acogimiento, de conformidad con el Código Civil o las leyes civiles de las comunidades autónomas que lo regulen, siempre que en este último caso su duración no sea inferior a un año, durante el período de suspensión que, por tales situaciones, se disfrute de acuerdo con lo previsto en el artículo 48.7 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, o durante el período de permiso que se disfrute, en los mismos supuestos, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 49.c) de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público.

²² **Artículo 184. Beneficiarios.** Serán beneficiarios del subsidio por paternidad las personas incluidas en este Régimen General que disfruten de la suspensión referida en el artículo anterior, siempre que, reuniendo la condición general exigida en el artículo 165.1, acrediten un período mínimo de cotización de ciento ochenta días dentro de los siete años inmediatamente anteriores a la fecha de inicio de dicha suspensión, o, alternativamente, trescientos sesenta días a lo largo de su vida laboral con anterioridad a la mencionada fecha, y reúnan las demás condiciones que reglamentariamente se determinen.

Artículo 185. Prestación económica. La prestación económica por paternidad consistirá en un subsidio que se determinará en la forma establecida por el artículo 179 para la prestación por maternidad, y podrá ser denegada, anulada o suspendida por las mismas causas establecidas para esta última.

²³ Con anterioridad a esta fecha la duración del permiso de paternidad era de trece días naturales ininterrumpidos para el personal laboral incluido en el ámbito del Estatuto de los Trabajadores, ampliables en supuestos de parto, adopción o acogimiento múltiple, en dos días más por cada hijo a partir del segundo. En el Estatuto de los trabajadores existe el permiso por nacimiento de hijo —artículo 37.3.b)— de dos días (o de cuatro) de licencia, concebido con el objeto de acompañar a la madre en el alumbramiento y en los días posteriores al mismo y cuya retribución va por cuenta de la empresa.

en una empresa privada, reciben un subsidio por maternidad equivalente al 75% de la remuneración declarada en el pago de aportes mientras que la afiliada que trabaja en instituciones públicas no recibe subsidio por maternidad, ya que su sueldo será completo durante las doce semanas de reposo. Para liquidar se toma como base el último mes del sueldo anterior al mes de inicio del reposo prenatal o parto, de la última empresa en que se halle activa, que pueden corresponder a una o a varias empresas en que preste servicios la afiliada; dividido para el número de días trabajados. Este resultado es el promedio diario que gana la trabajadora, del cual se le pagará el 75% durante el período de maternidad a subsidiarse. El Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social paga el Subsidio de Maternidad desde el primer día del reposo prenatal o del parto, según sea el caso, y hasta un máximo de 12 semanas, es decir 84 días. Durante el tiempo subsidiado al IEES no le corresponde asumir el pago de los aportes mensuales, ya que es obligación del empleador cancelar los aportes completos que percibían las aseguradas antes de dicho período, como si la asegurada se encontrara trabajando. Así mismo, el empleador deberá cancelar el 25% de la remuneración. La trabajadora deberá tener 12 aportaciones mensuales continuas en el caso de subsidio por maternidad.

En Colombia existe la prestación económica por licencia de maternidad que se reconoce a la madre del recién nacido o la adoptante de un menor de 18 años o el padre adoptante si no tiene cónyuge o compañera permanente²⁵. En cuanto a los requisitos de cotización se exige que la trabajadora esté afiliada y que haya *cotizado ininterrumpidamente al sistema durante todo su periodo de gestación en curso. Los requisitos de acceso a la prestación son los siguientes: estar al pago de las cotizaciones de la seguridad social y no tener deudas con la misma.* Respecto a la trabajadora, habrá tenido que cotizar en forma ininterrumpida, durante todo el período de gestación. La duración de la licencia es de 14 semanas remuneradas con el salario que devengue en el momento del inicio de la suspensión. Como regla general puede tener una licencia de parto de dos semanas.

En Perú, el subsidio es la cantidad a la que tienen derecho las aseguradas a fin de resarcir el lu-

cro cesante como consecuencia del alumbramiento y de las necesidades del cuidado del recién nacido. Para ello, la trabajadora debe contar con tres meses consecutivos de aportaciones o cuatro no consecutivos dentro de los seis meses calendario anteriores al mes en que se inicia el goce del subsidio y estar trabajando. Su duración es 98 días, iniciándose regularmente 49 días antes de la fecha probable de parto, y se extenderá por 30 días adicionales en caso de parto múltiple o niño con discapacidad²⁶.

6. RECAPITULACIÓN

A pesar de los importantes cambios en la regulación legal de los permisos laborales y en las prestaciones de la seguridad social, tanto para el ejercicio de los derechos de conciliación como de corresponsabilidad, sigue existiendo importantes carencias que dificultan el ejercicio de dichos derechos para los trabajadores y trabajadoras en condiciones de verdadera igualdad, perpetuando de alguna medida creencias sobre los roles sociales de las mujeres origen de su discriminación social.

Esta situación tiene su origen en la titularidad de la madre del permiso de maternidad biológica y, por lo tanto, también en la prestación de la seguridad social por la confusión en torno a los bienes jurídicos protegidos. Como regla general, la madre biológica va a disponer del disfrute de las semanas libremente, lo que no favorece el ejercicio de los derechos de conciliación, ya que basan en el mutuo acuerdo y la realidad muestra que son las mujeres las que, casi automáticamente, disfrutan de todo el permiso. Pero es que, además, esta regulación puede producir una discriminación hacia el hijo biológico respecto del adoptado o acogido ya que, frente a la titularidad individual en esos casos, en la maternidad biológica para que el padre pueda disfrutar de esos derechos es necesario que la madre esté trabajando. Tampoco se entiende muy bien porqué la madre puede disponer libremente de semanas con anterioridad al parto, existiendo como existe las prestaciones por riesgo por embarazo que garantizan una adecuada protección de los intereses de la trabajadora en situaciones en las que es incompatible la prestación de una actividad laboral con el estado de gestación.

²⁴ <http://www.ecuadorlegalonline.com/laboral/subsidio-por-maternidad/>; https://www.iess.gob.ec/es/web/mobile/home/-/asset_publisher/0hbG/content/subsidio-por-enfermedad-y-maternidad-se-tramita-en-todos-los-centros-de-atencion-ambulatoria-del-iess.

²⁵ <http://www.mintrabajo.gov.co/preguntas-frecuentes/maternidad.html>

²⁶ <http://www.essalud.gob.pe/maternidad/>

Por todo ello, es necesario reformar el permiso de maternidad diferenciando dos bienes jurídicos: la protección física de la mujer tras el parto y, en su caso, la atención del recién nacido durante las primeras semanas de vida —en concreto, las seis semanas siguientes a la fecha del parto— y la atención del menor como tal, para garantizar los derechos de conciliación y corresponsabilidad, tal y como sucede en los supuestos de adopción y acogimiento. Por ello sería oportuno crear dos prestaciones distintas de seguridad social para la maternidad biológica: una de disfrute exclusivo de la madre para garantizar una correcta recuperación tras el parto y otra para la atención y cuidado del recién nacido cuyos titulares serían ambos progenitores, con mayor duración en el tiempo —las diez semanas—. De esta forma se conseguirían proteger todos los bienes jurídicos en juego: los del menor, la no discriminación de las trabajadoras por este motivo y los derechos de corresponsabilidad y conciliación.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUILERA IZQUIERDO, R; GIL PLANA, J. *Las prestaciones económicas por maternidad, paternidad y riesgo durante el embarazo y la lactancia natural. Análisis del RD 295/2009, de 6 de marzo*. Civitas: Cizur Menor, 2010.
- BALLESTER PASTOR, M.A. “La era de la corresponsabilidad: los nuevos retos de la política antidiscriminatoria” en *Lan Harremanak*, nº 25 (2012), págs., 53-77.
- BALLESTER PASTOR, M.A. “Reformas en materia de protección social e impacto de género: un estudio crítico” en *Temas Laborales*, nº 112 (2011), págs., 51-90.
- BALLESTER PASTOR, M.A. “Conciliación y corresponsabilidad en la Unión Europea” en CABEZA PEREIRO, J.; FERNANDEZ DOCAMPO, B (Directores). *Conciliación de la vida familiar y laboral y corresponsabilidad entre sexos*. Tirant lo Blanch: Valencia 2011, págs., 17-49.
- 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*, nº 51 (2010), págs. 31-66.
- FERNÁNDEZ-PEINADO MARTÍNEZ, A. *La prestación por maternidad*. Bomarzo: Albacete, 2013.
- LÓPEZ RUBIA, E. *Regulación jurídica y preventiva de la seguridad y salud de la mujer trabajadora*. Aranzadi Thomson Reuters. Cizur Menor: 2015.
- LOUSADA AROCHENA, J. F. *Permiso de paternidad y conciliación masculina*. Bomarzo: Albacete, 2008.
- MARTÍNEZ YÁÑEZ, N.M^ª, “El principio de corresponsabilidad en las políticas autonómicas de conciliación”, en CABEZA PEREIRO, J.; FERNANDEZ DOCAMPO, B (Directores). *Conciliación de la vida familiar y laboral y corresponsabilidad entre sexos*. Tirant lo Blanch: Valencia 2011, págs., 245-269.
- NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P.; LOUSADA AROCHENA, J.F. *Jornada de Trabajo y derechos de conciliación*. Madrid: Técnos, 2015.
- RODRIGUEZ BRAVO DE LAGUNA, J.J. *Dimensiones jurídico-laborales del derecho de conciliación de la vida familiar y laboral*. Aranzadi Thomson Reuters. Cizur Menor: 2015.
- SIERRA HERNÁIZ, E. *Prevención de riesgos laborales, embarazo de la trabajadora y lactancia natural*. Aranzadi Thomson Reuters. Cizur Menor: 2016.

3. LA REFORMA DE LAS PENSIONES DE JUBILACIÓN DESDE UNA PERSPECTIVA DE GÉNERO

Dra. Olimpia del Águila Cazorla. Prof. Titular (interina) de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid

olimpiag@ucm.es

SUMARIO: 1. La crisis de la seguridad social y las pensiones de jubilación de las mujeres. 2. Mecanismos correctores de las consecuencias de la desigualdad entre hombres y mujeres en los regímenes de pensiones. 3. Edad de jubilación y género. 4. La contribución a la igualdad del nivel asistencial del sistema.

1. LA CRISIS DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y LAS PENSIONES DE JUBILACIÓN DE LAS MUJERES

Los sistemas de seguridad social públicos fueron creciendo durante el siglo XX adaptándose a una realidad sociológica donde el hombre era el único, o al menos, el prioritario suministrador de ingresos para la familia, y así, los regímenes de reparto reflejaron el papel de la mujer como dependiente integrando instituciones que las protegían a través de derechos derivados y cuyo fundamento era el vínculo marital con el trabajador. A medida que las mujeres incrementaban su participación en el mercado laboral y se constituían como sujetos de derechos originarios, los mecanismos de protección de la seguridad social se fueron adecuando a esta nueva realidad y a las necesidades de las trabajadoras. Con esta finalidad la maternidad se desgajó de la incapacidad temporal, lo que propició la adquisición de una entidad propia para esta prestación y posibilitó un mejor ajuste a las demandas sociales, se universalizó la viudedad, se consideró a los periodos de tiempo dedicados a la maternidad como asimilados al alta a efectos del cálculo de las pensiones.

Con el cambio de siglo, hemos asistido a una profunda revisión de los modelos de seguridad social tradicionales. La gestión pública y la financiación basada en el reparto decayeron como ejes inmutables de la configuración de los regímenes de pensiones. Desde las organizaciones financieras

internacionales más influyentes, el Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional y la OCDE, se apostó decididamente por dar entrada a modelos capitalizados y permitir la gestión del sistema por entidades privadas. Con el apoyo de estas organizaciones, traducido tanto en asistencia técnica como financiera, a los diferentes Estados que se enfrentaban a la reforma de sus regímenes de pensiones, comienzan, en última década del siglo XX, a diseñarse sistemas donde el componente capitalizado aparece en el núcleo de los mismos. En el entorno latinoamericano ha tenido una significativa incidencia la privatización de las pensiones de jubilación con la implantación de modelos en los que el elemento capitalizado aparece como eje vertebrador del sistema y con diferentes intensidades que van desde un sistema de capitalización puro siguiendo el régimen chileno, como el modelo sustitutivo establecido en México, Bolivia, El Salvador, Nicaragua y República Dominicana, o aquellos países como Colombia y Perú que permiten un funcionamiento paralelo del régimen público y el privado, y aquellos otros que pretenden conjugar en un único modelo los dos mecanismos de financiación, como el sistema Uruguayo que integra el régimen de jubilación por solidaridad intergeneracional y un régimen de capitalización individual de cotizaciones definidas y administrado por empresas públicas y privadas, denominado régimen de jubilación por ahorro individual obligatorio.

Esta transición de un modelo financiero a otro no es neutra en términos de género. Si el reparto

se sustenta en el principio de solidaridad, la disminución del peso relativo del reparto en la estructura del sistema va a condicionar la intensidad de la protección ofrecida a los trabajadores más vulnerables. En el caso de las mujeres, el debilitamiento de este principio conlleva que se manifiesten con mayor crudeza las consecuencias de la desigualdad particularmente en cuanto al nivel salarial y las dificultades de conciliación de la vida familiar y laboral.

El viraje hacia la financiación capitalizada ha coincidido con un cambio profundo en las estructuras familiares, (familias monoparentales²⁷, divorcios, modificación de la importancia del salario de la mujer dentro de la familia, pasando de meramente complementario de los ingresos del marido a principal), y en la situación laboral de la mujer, que, sin abandonar el papel de primera cuidadora de los dependientes del hogar, sean éstos niños, ancianos o enfermos, se ha incorporado, aunque con grandes diferencias según los países, al mercado laboral. Las reformas a los sistemas de seguridad social se abordaron desde una perspectiva meramente economicista, quedando los objetivos sociales relegados a un papel secundario y, dentro de éstos, se obvió cualquier análisis previo de los efectos que la implantación de los nuevos regímenes tendría en la equidad de género²⁸, aún cuando es mayor el porcentaje de mujeres en la población de edad avanzada. Un cuarto de la población mundial tiene más de 75 años, de los cuales el 66% son mujeres y

la ratio de hombres por cada 100 mujeres entre los mayores de 65 años se sitúa alrededor de 70% en los países más desarrollados²⁹. En 2.014, había en todo el mundo 85 hombres por cada 100 mujeres en el grupo de edad de mayores de 60 años y 61 hombres por cada 100 mujeres en el de mayores de 80 años³⁰.

El funcionamiento de los sistemas de seguridad social requiere de una buena adaptación a las posibilidades y necesidades del mercado laboral y de las estructuras familiares. La neutralidad del modelo de financiación capitalizada³¹, en su concepción más pura, no ha introducido elementos de discriminación positiva que pudieran garantizar un nivel igualitario de protección social. En el mecanismo de las cuentas de ahorro individual entran en juego dos variables, la capacidad de ahorro y la esperanza de vida, que condicionan el derecho a ser beneficiario y la cuantía de la prestación de jubilación.

Las mujeres presentan más dificultades en asignar una parte de sus rentas al ahorro ya que tienen una vida profesional más corta³², ocupan puestos de trabajo más inestables y de menor calidad, debido a que los perfiles ocupacionales femeninos son de peor calidad, manifestándose una clara segmentación del mercado laboral, horizontal y vertical, entre hombres y mujeres, y presentan una mayor incidencia del desempleo, tienen más probabilidades de quedar atrapadas en el sector informal y su nivel retributivo es inferior al mani-

²⁷ Las familias nucleares biparentales con hijos en América Latina han venido disminuyendo, del 46,3% a 41,1%, transformándose en familias monoparentales a cuyo frente se encuentran mujeres. IRMA ARRIAGADA, (Coordinadora). "Familias y políticas públicas en América Latina: Una historia de desencuentros" Comisión Económica para América Latina y el Caribe, (CEPAL). Santiago de Chile, octubre de 2007. Pág. 128

²⁸ MONTAÑO, SONIA. "La agenda feminista y las reformas de los sistemas de pensiones en América Latina", *Los sistemas de pensiones en América Latina: un análisis de género*. MARCO, FLAVIA (Coordinadora), CEPAL, Cuadernos de la CEPAL, N° 90. Santiago de Chile, octubre de 2.004. Pág. 11- 30. ARENAS DE MESA, ALBERTO, "Reforma a los sistemas de pensiones y los desafíos de la dimensión de género", documento presentado al Taller *Equidad de género en los sistemas de pensiones*, Centro Latinoamericano y Caribeño de Demografía (CELADE)-División de Población de la CEPAL. Santiago de Chile, año 2.001. Pág. 3.

²⁹ POPULATION REFERENCE BUREAU. *Population Bulletin*. Vol. 60, N° 1, Marzo de 2.005. Pág. 24.

³⁰ ONU, Departamento de Asuntos Económicos y Sociales. "La situación demográfica en el mundo, 2014" Nueva York, 2.014. Pág. 13

³¹ Todas las prestaciones que integran estos regímenes toman como principio la igualdad entre hombres y mujeres, excepto en el caso de las prestaciones de supervivencia en las que es frecuente que los hombres sólo puedan ser beneficiarios de pensiones de viudedad en el supuesto de que tengan declarada una incapacidad para el trabajo y dependan económicamente de la causante. El régimen de capitalización chileno, al igual que el anterior, contenía una disposición en este sentido que ha sido eliminada en la reforma del año 2.008. En Argentina se aprovechó la reforma del sistema para eliminar ésta y otras desigualdades en las prestaciones por supervivencia, como en la de orfandad, donde los hijos la percibían hasta los 18 años y por el contrario, en las mujeres la edad límite dependía de su estado civil, de forma que las menores de 18 años sólo la recibían si eran solteras y las mayores de esta edad podían ser beneficiarias si eran solteras, viudas o separadas dependientes económicamente del causante. ROFMAN, RAFAEL; GRUSHKA, CARLOS. "Protección social, jubilaciones, pensiones y género en Argentina". *Protección social, pensiones y género en Argentina, Brasil y Chile*. OIT. Santiago de Chile, 2.003. Pág. 32-33.

³² En Chile, las mujeres afiliadas al sistema cotizan el 70% de los años de cotización de los hombres, en Argentina esta tasa desciende hasta el 60% en las mujeres que han finalizado la escuela secundaria y se sitúa en el 50% para aquellas que no se gradúan, y en México este porcentaje no alcanza el 50%. JAMES, ESTELLE; COX EDWARDS, ALEJANDRA; WONG, REBECA. *The gender impact of pension reform: a cross-country analysis*. Policy Research Working Paper n° 3.074. Poverty Reduction and Economic Management Network. Gender Division. The World Bank. Washington D.C. 2.003. Pág. 15-16.

festado por los hombres³³. Poseen una menor capacidad de ahorro y en cambio tienen una mayor esperanza de vida, factores éstos que determinan que los regímenes capitalizados generen un incremento de las desigualdades entre hombres y mujeres³⁴. La brecha salarial entre hombres y mujeres se mantiene en los regímenes de reparto y se agudiza en los regímenes capitalizados. Confiar su bienestar económico en la vejez a la capacidad de ahorro que obtengan durante su etapa activa puede significar condenar a un gran porcentaje de mujeres a la pobreza.

En la actualidad, los regímenes de capitalización latinoamericanos presentan una clara segmentación por género en su afiliación. El 38% de los afiliados a los regímenes de capitalización individual en América Latina son mujeres. Chile es el país con mayor índice de afiliación, con un 45%, y Argentina la menor con un 33%³⁵, y estas cifras serán menores si el elemento de comparación es la cotización al sistema³⁶. La mayor dificultad de la mujer para alcanzar la cifra necesaria para financiar una pensión de jubilación de cuantía suficiente produce que en Chile las beneficiarias de pensiones mínimas estén sobrerrepresentadas a pesar de las mayores dificultades para cumplir con el requisito de cotización previa, lo que refleja su falta de incorporación plena en el régimen de capitalización y el papel marginal que desempeña al copar las prestaciones asistenciales³⁷.

Hay que tener en cuenta, además, que las lagunas en la cotización derivadas de la maternidad se producen en los primeros años de la vida laboral, lo que perjudica más la rentabilidad de los fondos que si se produjeran al final de la actividad al estar invertidos menos tiempo. Los efectos de la maternidad en la cuantía de las pensiones de jubilación en el régimen de reparto se corrigen mediante la consideración de estos periodos como al alta estos periodos o a través de la utilización de mecanismos similares como añadir años adicionales de cotización por cada hijo.

2. MECANISMOS CORRECTORES DE LAS CONSECUENCIAS DE LA DESIGUALDAD ENTRE HOMBRES Y MUJERES EN LOS REGÍMENES DE PENSIONES

La pensión de jubilación constituida a través de cuentas de ahorro privadas refleja la carrera laboral del individuo de una forma neutral. Cuanto mayor sea el perfil salarial del afiliado, éste tendrá mayor capacidad de acumulación de capital, que a su vez generará más rentabilidad tanto por su volumen como por sus posibilidades de diversificación en instrumentos financieros que presenten diferentes grados de riesgo. De la misma forma, la estructura de las comisiones, con mayor notoriedad si incluye comisiones fijas, tendrá menos incidencia en el vo-

³³ SABATES-WHEELER, RACHEL; KABEER NAILA. *Gender equality and the extension of social protection*. OIT. Social Security Policy and Development Branch. Extension of Social Security Paper N° 16. OIT, Ginebra, 2.003. Pág. 48.

³⁴ Así lo admite el Banco Mundial en WORLD BANK, *Social Protection Sector Strategy. From safety net to springboard*. The World Bank, Washington DC. Septiembre, 2.001. Pág. 32. Según los datos proporcionados por ROFMAN, RAFAEL; GRUSHKA, CARLOS. "Protección social, jubilaciones, pensiones y género en Argentina", en BERTRANOU, FABIO M., ARENAS, ALBERTO, (Editores). Protección social, pensiones y género, OIT, Santiago de Chile, 2.003. Pág. 40, el sistema argentino anterior a la reforma proporcionaba a los hombres unas pensiones de jubilación un 38% superior que las correspondientes a las mujeres. El sistema que se introdujo que tenía un importante componente capitalizado incrementó este diferencial hasta alcanzar el 41%. ARENAS DE MESA, ALBERTO; GANA CORNEJO, PAMELA. "Protección social, pensiones y género en Chile". *Protección social, pensiones y género en Argentina, Brasil y Chile*. OIT. Santiago de Chile, 2.003. Pág. 200-209, calculan que, en Chile, la mujer que se retire a los 65 años y que no tenga dependientes, obtendrá una pensión equivalente al 87% de la de un hombre con las mismas características.

³⁵ ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE ORGANISMOS DE SUPERVISIÓN DE FONDOS DE PENSIONES, (AIOS), www.aiosfp.org.

³⁶ Los datos en Chile indican que mientras el 70% de las mujeres presentan densidades inferiores o iguales al 65%, en el caso de los hombres este porcentaje es inferior al 50%. La concentración de la densidad de cotización en las mujeres es mayor a menor densidad, de forma que la mitad de las mujeres exhiben una densidad de cotización inferior o igual a 40% y de éstas últimas el 50% se ubica en densidades menores o iguales al 11,3%. Las densidades de cotización de los hombres se concentran en los niveles más altos, el 20% de los hombres presenta densidades cercanas al 100%. La densidad promedio de las mujeres es inferior en 16 puntos porcentuales a la de los hombres. ARENAS DE MESA, ALBERTO; LLANES, MARÍA CLAUDIA; MIRANDA BRAVO, FIDEL. "Protección social efectiva, calidad de la cobertura, equidad y efectos distributivos del sistema de pensiones en Chile". *Financiamiento del Desarrollo*, N° 172. CEPAL, Santiago de Chile. Junio, 2.006. Pág. 33. COX EDWARD, ALEJANDRA considera que las mujeres asignan, en circunstancias similares a la de los hombres, un valor marginal menor a las cotizaciones a la seguridad social, en "El futuro de las pensiones en Chile: diferencias según sexo". *Estudios Públicos* N° 79. Santiago de Chile, año 2.000. Pág. 249. Nota 10.

³⁷ Para MARCO NAVARRO, FLAVIA, estas cifras indican que "continúa viéndose más bien como destinatarias de la asistencia pública que como ciudadanas plenamente integradas al ejercicio de los derechos sociales." MARCO NAVARRO, FLAVIA, "Riesgos generales de los sistemas previsionales de capitalización individual y de sus contextos laborales y demográficos". *Los sistemas de pensiones en América Latina: un análisis de género*. MARCO, FLAVIA (Coordinadora), CEPAL, Cuadernos de la CEPAL, N° 90. Santiago de Chile, octubre de 2.004. Pág. 36.

lumen de ahorro cuanto mayor sea éste. En la fase de desacumulación de los activos, un mayor nivel de ahorro también supone un plus de rentabilidad al permitir al beneficiario mayor libertad para optar entre los diferentes mecanismos establecidos para hacer efectiva la pensión, (rentas vitalicias, retiros programados y sus modalidades mixtas).

En los regímenes de reparto, la esperanza de vida no se aplica sobre las pensiones individualizadas, sino que el sistema satisface unas prestaciones cuya cuantía se vincula a las cotizaciones devengadas durante un determinado periodo de tiempo, lo que permite, en base a la mayor longevidad femenina, una redistribución implícita de rentas de los hombres hacia las mujeres³⁸ Por el contrario, en los regímenes capitalizados la diferencia en cuanto a la esperanza de vida entre los géneros se convierte en un coeficiente de la fórmula de cálculo de la pensión que se constituya tanto a través de la modalidad de rentas vitalicias como de retiros programados, de forma que, aunque la cuantía global fuera la misma para ambos sexos, al ser mayor el periodo de jubilación en las mujeres, éstas recibirán mensualidades de menor cuantía. La conversión de

ahorro en pensión se realiza a través de una compañía de seguros a la que, mediante el pago de la prima, esto es, los ahorros de la cuenta individual, se le transfiere el riesgo de longevidad y el financiero con la contraprestación por parte de la entidad del compromiso de satisfacer de manera vitalicia una pensión mensual al beneficiario. Las compañías de seguro individualizan la cuantía de la pensión aplicando coeficientes representativos de la esperanza de vida diferenciados por sexos.

La utilización de tablas de mortalidad unificadas para ambos sexos, que no se han introducido en los regímenes capitalizados del ámbito latinoamericano³⁹, para la conversión de los ahorros en rentas vitalicias puede introducir un subsidio cruzado de los hombres a las mujeres⁴⁰ de efectos similares a la que se produce en los regímenes de reparto⁴¹. La imposición legal de utilizar tablas de mortalidad unificadas tiene el riesgo de que las aseguradoras realicen prácticas de selección adversa sobre las mujeres de mayor edad⁴², por lo que complementariamente a la introducción de esta medida se requeriría reforzar los mecanismos de control sobre estas entidades y de información a las aseguradas.

³⁸ Aunque esta redistribución puede ser neutralizada si el régimen de prestaciones definidas utiliza como base en la fórmula del cálculo de la cuantía de la pensión, los últimos mejores años de la carrera laboral, ya que serán mayoritariamente los hombres los beneficiarios de este mecanismo de cuantificación. STAHLBERG, ANN-CHARLOTT; KRUSE, AGNETA; SUNDÉN, ANNIKA. "Pension design and gender", *European Journal of Social Security*. Vol. 7. 1. Año 2.005. Pág. 61.

³⁹ Argentina incorporó en el Decreto de nº 1.306, de Necesidad y Urgencia la utilización de tablas de mortalidad que diferenciasen por géneros u otros criterios entre beneficiarios de la misma edad en el cálculo de las Rentas Vitalicias, e instaba a las Superintendencias de Seguros de la Nación y Administradoras de Fondos de Pensiones a definir esta tabla, pero esta disposición no llegó a desarrollarse y el artículo 108 de la Ley 24.241, del sistema vigente hasta 2.008, no contempla esta previsión antidiscriminatoria. El régimen establecido en Brasil, cuyo modelo de financiación es de reparto, pero instrumentalizado a través de una modalidad de cotizaciones definidas teóricas, sí incorpora en su fórmula de cálculo de la pensión de jubilación tablas de mortalidad unisex, con el objetivo de mitigar las diferencias por género que pudieran derivarse de la utilización de este mecanismo. En esta fórmula se introduce un coeficiente representativo de cinco años adicionales de cotización a aplicar a las afiliadas para producir una redistribución de rentas a su favor que compense las inequidades sufridas por éstas en el mercado laboral y que tendrán su reflejo en la cuantía de la pensión de jubilación. ROCHA DA SILVA, ENID; SCHWARZER, HELMUT. "Protección social, jubilaciones, pensiones y género en Brasil". *Protección social, pensiones y género en Argentina, Brasil y Chile*. OIT. Santiago de Chile, 2.003. Pág. 88. Una descripción de las características generales del modelo brasileño en HERNÁNDEZ DERZI, HELOISA. "La protección de la jubilación en Brasil" *Tratado de jubilación. Homenaje al Profesor Luis Enríque de la Villa Gil con motivo de su jubilación*. Iustel, Madrid, 2.007. Pág. 771-803.

⁴⁰ PALMER, EDWARD calcula que las transferencias de los hombres a las mujeres en el sistema sueco derivadas de la utilización de tablas de mortalidad unisex en el cálculo de las anualidades del régimen obligatorio de pensiones suponen que el diez por ciento del capital total de los hombres es transferido a las mujeres. PALMER, EDWARD. "Public policy for pensions, health and sickness insurance. Potencial lessons from Sweden to Latin America". CEPAL, *Serie Financiamiento del Desarrollo*, Nº 179. Julio, 2.006. Pág. 30 y Nota 9. Éste es uno más de los numerosos mecanismos que promueven la igualdad en el sistema sueco. STAHLBERG, ANN-CHARLOTT; KRUSE, AGNETA; SUNDÉN, ANNIKA. "Pension design and gender". Vol. 7. 1. Año 2.005. Pág. 67, los enumera: la garantía de pensión mínima con comprobación previa de recursos, la utilización de tablas de mortalidad unisex, las bonificaciones por cuidado de hijos, la obligatoriedad de la actualización de las rentas vitalicias (que por la mayor esperanza de vida de la mujer, las beneficia singularmente), la imposición de límites sobre la cuantía de las pensiones y no sobre las cotizaciones.

⁴¹ BERSTEIN, SOLANGE; TOCKMAN, ANDREA "Brechas de ingreso entre hombres y mujeres: ¿Perpetuadas o exacerbadas en la vejez?", BANCO CENTRAL DE CHILE *Documentos de Trabajo* Nº 334. Santiago de Chile, noviembre de 2.005. Pág. 14, calculan que la aplicación de tablas unisex en Chile reduciría la pensión de jubilación de los hombres en un 5% y aumentaría aproximadamente en la misma cifra la de las mujeres.

⁴² A este respecto, CUADROS, JESSICA y JIMENEZ, LUIS FELIPE previenen de la posible utilización de mecanismos de precio por parte de las aseguradoras para lograr una mayor presencia de hombres entre sus beneficiarios con el objetivo de minimizar los subsidios cruzados que se producirían al utilizar la misma tabla de mortalidad para los hombres y mujeres. CUADROS, JESSICA y JIMENEZ, LUIS FELIPE en "Inserción laboral desventajosa y desigualdades de cobertura previsional: la situación de las mujeres" CEPAL, *Unidad de Estudios Especiales. Serie Financiamiento del Desarrollo*, nº 142. Santiago de Chile. Febrero de 2.004. Pág. 30.

El único elemento introducido en alguno de los regímenes latinoamericanos que mitiga los efectos de la diferencia de longevidad en la cuantía de las pensiones es la utilización de “anualidades conjuntas” mediante las que se toma en consideración la esperanza de vida del asegurado y de sus dependientes. En esta modalidad aparece una redistribución intrafamiliar por la que se compensa la mayor esperanza de vida de la mujer con la del hombre⁴³. Este mecanismo sólo se puede aplicar dentro de familias legalmente constituidas por lo que, en caso de permanecer soltera, la mujer soportará en su pensión la aplicación estricta del coeficiente representativo de la longevidad media femenina. Este diseño supone una apuesta ideológica por la familia tradicional y supone una discriminación directa a familias distintas a la nuclear biparental⁴⁴.

La solución de contabilidad y propiedad conjunta entre ambos cónyuges de las cuentas de cotización de los planes personales de ahorro es una solución incompleta, y no puede ser considerada como una medida innovadora ya que es una traslación de la división del derecho a pensión entre los cónyuges que se divorcian que ya existe desde hace tiempo en varios sistemas de reparto, (en Alemania se instituyó en 1.977 y en Canadá un año más tarde). Chile ha establecido que en los supuestos de nulidad o divorcio se integre el valor de las cotizaciones en la liquidación del régimen económico del matrimonio (Ley 20.255). El juez que entienda del proceso de disolución del matrimonio puede declarar el traspaso de fondos desde la cuenta de ahorro individual del cónyuge que deba compensar a la del cónyuge compensa-

do, con el límite del 50% del ahorro acumulado durante el tiempo de duración del matrimonio. Ahora bien, medidas de este tipo se enmarcan en la adquisición derivada de derechos y en el camino hacia la plena igualdad sería más eficiente el impulso a la constitución de derechos propios⁴⁵, y más si tenemos en cuenta que el reparto de los derechos económicos conseguidos hasta el momento de la disolución del vínculo marital entre los cónyuges, puede dar lugar, si uno de los cónyuges apenas ha contribuido al sistema de seguridad social, a que se generen pensiones de jubilación pensiones de cuantía insuficiente para ambos⁴⁶.

El desarrollo de las políticas de igualdad de género se puede aplicar de manera más efectiva mediante un régimen de reparto ya que éste puede incrementar la independencia económica de las mujeres haciéndolas beneficiarias de las prestaciones al margen de los ingresos del marido, (con la consideración como cotizados de los periodos dedicados al cuidado de hijos y familiares o con programas como el británico de “protección a las tareas domésticas” por el que no se tienen en cuenta a la hora de calcular la cuantía de la pensión los años de bajos o nulos ingresos derivados del trabajo). El antiguo régimen chileno de reparto concedía a las mujeres que acreditasen al menos 20 años de cotización, en el cálculo de la pensión de jubilación, un año adicional de cotización por cada hijo y dos años si eran viudas y con el establecimiento del régimen capitalizado beneficios de este tipo quedaron suprimidos La reforma del año 2.008 del régimen chileno recupera esta idea y creó una bonificación dirigida a las mujeres que tengan hijos. Se trata de una transferencia

⁴³ BERTRANOU, FABIO M. “Protección social, pensiones y género” *Protección social, pensiones y género en Argentina, Brasil y Chile*. OIT. Santiago de Chile, 2.003. Pág. 19. ROFMAN, RAFAEL y GRUSHKA, CARLOS calculan la cuantía de la pensión de jubilación en Argentina constituida a través de Rentas Vitalicias diferenciando el estado civil y el género a los 65 años y con un fondo con valor de \$ 100.000. Si está casado y es hombre obtendría una pensión de \$552,43 y si es mujer, de \$583,58. En el caso de estar soltero, el hombre recibiría \$724,73 y la mujer \$621,77. La aplicación de tablas de mortalidad unificadas produciría un aumento del 13% para las mujeres solteras, de un 6% para las casadas, de 1% para los hombres casados y una disminución del 6% en el caso de hombres solteros. ROFMAN, RAFAEL; GRUSHKA, CARLOS. “Protección social, jubilaciones, pensiones y género en Argentina”, en BERTRANOU, FABIO M., ARENAS, ALBERTO, (Editores). *Protección social, pensiones y género*, OIT, Santiago de Chile, 2.003. Pág. 47 y 50.

⁴⁴ MARCO NAVARRO, FLAVIA. “Factores jurídicos, demográficos y laborales que determinan diferencias de género en el sistema de pensiones. Los casos de Argentina y Chile”, *Proyecto Impacto de género de las reformas de pensiones en América Latina*. CEPAL. Unidad Mujer y Desarrollo. Santiago, julio de 2.002. Pág. 24.

⁴⁵ A este respecto la Comisión Europea expone, en su Comunicación de la Comisión *Modernización y mejora de la protección social en la Unión Europea*, COM(97) 102/final/1.997, que “Los derechos derivados pueden tener efectos disuasorios respecto a la incorporación de las mujeres al mercado de trabajo, incitándolas a trabajar en la economía informal, que carece de protección. En algunos países el empleo marginal no permite ningún acceso a la seguridad social. Se tolera esta situación porque las personas afectadas gozan por lo general de derechos derivados y su trabajo no es considerado como un medio independiente de ganarse la vida, sino más bien como un complemento al presupuesto familiar, mientras siguen dependiendo de la seguridad social de sus parejas.”

⁴⁶ CHOI, JONGKYUN. “The role of derived right for old-age income security of women”, *Social, Employment and migration working papers*, N° 43. OECD, París, diciembre, 2.006. Pág. 24-25.

que será efectiva a los 65 años de edad por un importe equivalente a 12 meses de cotizaciones sobre el ingreso mínimo vigente a la fecha del nacimiento del hijo, incrementada por la aplicación de una tasa de interés del 4% desde dicha fecha. Existe un desajuste entre la edad a la que la mujer puede acceder a la pensión de jubilación, 60 años, y la edad a la que se hace efectivo este derecho. Lo mismo ocurre en la aplicación de la nueva normativa sobre el Sistema de Pensiones Solidarias, en la que las prestaciones que ofrece, la Pensión Básica Solidaria y el Aporte Previsional Solidario, pueden solicitarse cuando el beneficiario haya cumplido los 65 años. El sistema estaría creando dos niveles de protección diferentes para aquellas mujeres con recursos suficientes, que podrían acceder a la pensión de jubilación a los 60 años y aquellas que requieren de la ayuda financiera del Estado, que tendrán que postergar su jubilación a los 65 años y que constituirán el grupo mayoritario.

En la reforma previsional chilena introducida por la Ley 20.255, se contempla la posibilidad de afiliación voluntaria para aquellas personas que no ejercen una actividad remunerada, y se dirige especialmente a las mujeres que no se han integrado en el mercado laboral. Estas cotizaciones permiten acceder, previo cumplimiento de los requisitos establecidos para cada prestación, a los beneficios otorgados por el seguro de invalidez y sobrevivencia (supervivencia) y al sistema de pensiones solidarias. No se requiere una frecuencia determinada en la cotización (aunque para estar cubiertos por este seguro se requiere haber cotizado en el mes anterior a que ocurra el siniestro) y se prevé singularmente que los empresarios de trabajadores por cuenta ajena cuyo cónyuge se afilie voluntariamente puedan ser autorizados por el trabajador para descontar del salario un porcentaje y transferirlo a la cuenta de ahorro individual voluntaria del cónyuge.

3. EDAD DE JUBILACIÓN Y GÉNERO

La armonización de las edades de acceso a la jubilación se ha realizado de forma muy desigual entre los países. México y Bolivia unificaron la edad de jubilación mientras que, por el contrario, otros países como Argentina y Chile han mantenido, aun-

que se prevé las diferencias entre los sexos en el acceso a la jubilación.

La edad establecida en Argentina para acceder a la Prestación Básica Universal es de 60 años para las mujeres y 65 para los hombres. Con esta prestación, cuya cuantía es uniforme, se manifiesta una fuerte redistribución implícita hacia las mujeres ya que las mujeres la cobrarán durante más tiempo, a los cinco años de diferencia se añade la mayor longevidad femenina. La incorporación de un beneficio uniforme merma la contributividad del régimen al romper la vinculación entre lo cotizado y la prestación recibida y, por tanto, favorece a los trabajadores de menor nivel salarial, y, entre ellos, a las mujeres.

Chile y Argentina han mantenido la diferencia por sexos de cinco años para causar derecho a la pensión de jubilación que, en el sistema argentino, ha supuesto una ventaja de la posición de las mujeres respecto de la de los hombres en el pilar de reparto. La reforma argentina elevó la edad de acceso a la jubilación de 55 a 60 años para la mujer y de 60 a 65 años para los hombres y a finales del siglo XX la esperanza de vida en Argentina para una mujer de 55 años era de 26,1 años y la de un hombre de 60 años era de 17,3 años, por lo que las mujeres percibirían pensiones de jubilación por un periodo mayor que los hombres en un 50%. La esperanza de vida de las mujeres a los 60 años es de 21,9 años y la de los hombres de 65 años de 14,0 años por lo que la diferencia entre los periodos de disfrute por género aumentó con la reforma al 56%⁴⁷. Las demás prestaciones del régimen de reparto mantendrían una redistribución propia de estos modelos de financiación en la que la menor cuantía generada por la menor capacidad contributiva de las mujeres se ve compensada por un mayor periodo de disfrute. Este efecto positivo para las mujeres desaparece en el pilar capitalizado que impondrá un coeficiente reductor mayor al considerar un periodo de jubilación más prolongado y que se sumará a la pérdida de rentabilidad de los ahorros por la retirada más temprana.

Por el contrario, Chile, que también diferencia por sexos en el acceso a la pensión de jubilación, 65 años para los hombres y 60 años para las mu-

⁴⁷ ROFMAN, RAFAEL; GRUSHKA, CARLOS. "Protección social, jubilaciones, pensiones y género en Argentina", op. cit. Pág. 34.

jeros, al constituir su régimen de jubilación básicamente a través de las cuentas de ahorro individual, transfiere a la cuantía de la pensión final percibida por las mujeres los efectos de su mayor longevidad⁴⁸, sin que haya incorporado ningún elemento modulador de las desigualdades en la cuantía de la pensión por la aplicación estricta del coeficiente representativo de la esperanza de vida.

La extensión del periodo de carencia en el régimen argentino de 20 a 30 años para poder causar derecho a la pensión de jubilación anticipada produce una mayor restricción a la salida temprana del mercado laboral en las mujeres que en los hombres ya que manifiestan una mayor irregularidad en su vida activa y, por tanto, presentan mayores dificultades para cumplir con este requisito. En el sistema chileno, para acceder a la pensión anticipada se requiere, además de la edad, 55 años para los hombres y 50 para las mujeres, tener ahorros suficientes que permitan financiar una pensión igual o superior al 50% del promedio de las remuneraciones de los últimos 10 años, y que ésta además tenga un valor igual o superior al 110% de la pensión mínima garantizada vigente en el momento de la solicitud. Estos requisitos dificultan a las mujeres el acceso a esta modalidad de pensión, de manera que únicamente una de cada cinco trabajadoras que se jubilan anticipadamente es mujer⁴⁹.

La armonización de las edades de jubilación entre hombres y mujeres tendría efectos positivos en la cuantía de la pensión satisfecha a las mujeres a través del pilar capitalizado, ya que tanto las rentas vitalicias como los retiros programados tomarían como base de cálculo un menor periodo de jubilación y se aumentaría el ahorro acumulado en la cuenta individual. En todo caso, el mecanismo de capitalización continuaría reflejando las asimetrías entre géneros que se producen en el mercado laboral, ya que la menor capacidad de ahorro femenina no puede ser compensada por este pilar sin la incorporación de elementos con esta finalidad, y que trascienden el mecanismo puro de financiación capitalizada.

4. LA CONTRIBUCIÓN A LA IGUALDAD DEL NIVEL ASISTENCIAL DEL SISTEMA

En los sistemas de pilares múltiples, las desigualdades de género producidas tanto por factores socio-económicos, como laborales y sistémicos pueden mitigarse a través del pilar asistencial y desde la integración de un nivel de carácter contributivo de prestaciones definidas.

Las garantías integradas en el pilar asistencial pueden incluir en su diseño políticas de igualdad de género. Los requisitos de la pensión mínima garantizada pueden adecuarse a las singularidades que presenta el mercado laboral para la mujer. Los beneficios proporcionados por esta garantía podrían modularse proporcionalmente a los años efectivos de cotización como medida de extensión de la cobertura y de la que el primer sector beneficiado sería el constituido por las mujeres trabajadoras. Los posibles efectos desincentivadores a mantenerse en el sistema como cotizante activo una vez alcanzado el mínimo de protección requerido se suavizan al premiarse con un aumento de la prestación proporcional al tiempo de cotización. A esta medida podrían añadirse mecanismos que compensen la dedicación a la maternidad⁵⁰, como el establecimiento de una bonificación por cada hijo que repercutiera tanto en la cuantía de la prestación como en la exigencia del requisito de cotización previa. También prestaciones de carácter universal e uniforme, como la Pensión Básica Universal, suavizan el impacto que la neutralidad del pilar capitalizado tiene sobre la cuantía de la pensión íntegra de jubilación.

La fórmula de cálculo de la pensión de jubilación constituida a través del pilar de reparto puede atender a los requerimientos derivados del género y bonificar los periodos de maternidad y cuidado de dependientes, como sucede al considerar como asimilados al alta estos periodos. La financiación de estas bonificaciones se realiza generalmente, en los regímenes tradicionales de prestaciones definidas, a través de las cotizaciones sociales de los trabajadores coetáneos, y en este aspecto, los re-

⁴⁸ ARENAS DE MESA, ALBERTO; GANA CORNEJO, PAMELA. "Protección social, pensiones y género en Chile", op. cit. Pág. 168, calculan que si las mujeres pospusieran su jubilación a la edad de 65 años el volumen de ahorro aumentaría en 9 a 13 puntos porcentuales. Si se retirase a los 65 años se financiaría un periodo de jubilación un 25% más corto que si se retirase a los 60 años.

⁴⁹ Centro de estadísticas de la Superintendencia de Administradoras de Fondos de Pensiones, www.safp.cl.

⁵⁰ BIRGIN, HAYDEÉ; PAUTASSI, LAURA. "¿Género en la reforma o reforma sin género?: desprotección social en las leyes previsionales de América Latina". CEPAL, Unidad Mujer y Desarrollo. Serie *Mujer y Desarrollo*, N° 36. Santiago de Chile. Junio de 2.001. Pág. 46.

gímenes de cotizaciones definidas teóricas, como el implantado en Suecia, presentan indudables ventajas. Este sistema permite contabilizar el coste de los beneficios derivados de la maternidad y del cuidado de dependientes, y traspasar su pago a los recursos generales. La financiación a cargo de los

presupuestos del Estado, sería coherente con la socialización de la paternidad/maternidad, esto es, si la sociedad es la receptora de los beneficios de la natalidad, debe ser ésta en su conjunto, y no únicamente los trabajadores afiliados al sistema, los que sufraguen el coste social de la maternidad.

4. MÁS ALLÁ DE LA FLEXIBILIZACIÓN DEL RECONOCIMIENTO DE LA PENSIÓN DE VIUDEDAD. LA NECESIDAD DE SUSTITUIR LOS DERECHOS DERIVADOS POR DERECHOS PROPIOS

THE IMPACT OF GENDER ON MATERNITY AND PATERNITY BENEFITS OF SPANISH SOCIAL SECURITY

Dra. Eva M. Blázquez Agudo. Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad Carlos III

evamaria.blazquez@uc3m.es

Resumen: Las prestaciones por muerte y supervivencia se regularon en unas circunstancias sociales diferentes a las actuales. La normativa aplicable está siendo modificada continuamente con el fin de adaptar estos beneficios a las necesidades de cada momento. En este trabajo, en primer lugar, se trata de poner en evidencia la evolución más significativa en la flexibilización de

las condiciones exigidas tanto a los beneficiarios como a los causantes. Pero, entendiendo positivo la extensión de la protección, en todo el análisis lo que realmente se pretende sugerir es la necesidad de sustituir los beneficios por prestaciones propias que reconozcan las carencias concretas como ciudadanos, al margen de sus relaciones personales.

Palabras clave: Pensiones de muerte y supervivencia, pensión de viudedad, derechos propios y derechos derivados.

Keys Words: Survival allowance, widow's pension, own rights and family rights.

SUMARIO: INTRODUCCIÓN. 1. LOS BENEFICIARIOS. 1.1. LOS CÓNYUGES. 1.2. LOS EX CÓNYUGES. A. LA PRUEBA DE CARENCIA DE RECURSOS. B. EL IMPORTE DE LA PENSIÓN DE VIUDEDAD. 1.3. LAS PAREJAS DE HECHO. 1.4. LA PROTECCIÓN DESIGUAL POR RAZÓN DE GÉNERO. 1.5. EL ELEMENTO DE LA EDAD COMO LÍMITE DEL RECONOCIMIENTO DEL DERECHO. 2. LA FLEXIBILIZACIÓN DE LAS CONDICIONES LIGADAS AL CAUSANTE. 3. LA NECESIDAD DE DAR UN PASO MÁS: HACIA LOS DERECHOS PROPIOS. 3.1. LA REALIDAD SOCIAL ANTERIOR COMO PUNTO DE PARTIDA. 3.2. LA ADAPTACIÓN A LOS NUEVOS RETOS SOCIALES. 3.3. ALGUNAS POSIBLES SOLUCIONES. 3.4. LAS NECESIDADES ESPECIALES DE LOS PROGENITORES SOLOS CON HIJOS.

INTRODUCCIÓN

El fallecimiento del cónyuge o pareja de hecho es una contingencia que en muchos sistemas de Seguridad Social se protege a través de diferentes prestaciones de muerte y supervivencia, denominadas en general pensiones de viudedad. En los últimos tiempos, en muchos ordenamientos se están introduciendo importantes cambios en estos beneficios con el fin de adaptarse a los nuevos patrones sociales. Aunque todavía hay muchas regulaciones que se mantienen de acuerdo con un reparto de roles familiares que no se corresponde con la realidad.

Así, se puede poner el ejemplo del ordenamiento español, donde en este momento aún se desarrollan dichas pensiones a través de la Orden de 13 de febrero de 1967, por la que se establecen las normas para la aplicación y desarrollo de las prestaciones de muerte y supervivencia del régimen general de la seguridad social. Con el único dato de la fecha de su publicación se puede deducir que se precisa una nueva regulación que adapte esta protección a las nuevas circunstancias sociales. Si bien es verdad que se han introducido modificaciones legislativas y la jurisprudencia ha ido adaptando estas prestaciones a la realidad, no obstante, sigue siendo preciso una reforma profunda o, quizás, incluso su sustitución por otros bene-

ficios más acordes con las nuevas necesidades de la sociedad.

Las pensiones de viudedad tienen elementos peculiares⁵¹, al igual que el resto de las prestaciones por muerte y supervivencia, que las diferencian de los otros beneficios de la Seguridad Social. El fundamental es la intervención de dos sujetos en la protección: por un lado, el causante, quien debe cumplir los requisitos exigidos por la norma en relación a la contributividad a los efectos de generar la ayuda; y por el lado, se encuentra el beneficiario, que debe reunir ciertas condiciones de parentesco y relación con el causante.

Si en el ámbito de la protección de la Seguridad Social, los beneficiarios son protegidos de acuerdo con condiciones que deben cumplir ellos mismos, en el nivel de las prestaciones por muerte y supervivencia se reconoce un derecho provocado por otro sujeto diferente. Es decir, se accede a los derechos teniendo en cuenta su relación personal con otro sujeto, que es el causante de la protección. De acuerdo con lo referido, la prestación que se concede a los beneficiarios es un derecho derivado que no se origina por su contribución propia al sistema de la Seguridad Social, sino por la que realizó otra persona a la que estaban unidos por un nexo matrimonial, familiar o asimilado.

En concreto, la pensión de viudedad ha protegido tradicionalmente al nexo conyugal. No obstante, con posterioridad se ha tratado de adaptar a las nuevas realidades: por ejemplo, se han valorado los efectos de la ruptura del matrimonio y del incremento de parejas de hecho. Sin embargo, aún quedan ciertos elementos legislativos que tienen su origen en otro entorno generalizado muy distinto, donde el hombre trabajaba fuera de casa y aportaba las rentas al hogar y la mujer se quedaba en casa cuidando a los hijos. Muchos de los problemas que se plantean desde la evolución social quedarían resueltos a través de la creación de derechos individuales que protegiesen al ciudadano de acuerdo con sus necesidades concretas.

En cierto modo, la incorporación de la mujer al mercado de trabajo ha llevado a dejar sin finalidad propia a la pensión de viudedad. Cuando el reparto de roles consistía en que el cabeza de familia apor-

tase a la familia los ingresos, se presumía que cuando fallecía, su mujer perdía su principal medio de vida, por lo que precisaba de unas rentas de sustitución⁵². Esta situación ha evolucionado, de forma que es el momento de repensar este modelo y conceder la prestación sólo en los supuestos en que realmente el sujeto se encuentre en situación de necesidad⁵³. En este sentido, en el derecho español la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, en su Disposición Adicional 25^a, anunció el cambio de la normativa para los beneficiarios nacidos después de 1967, esto es, a quienes tenían menos de 40 años en ese momento. No obstante, todavía está pendiente la reforma que tenga en cuenta esta situación.

Con independencia de la necesidad de reconocer a todos los ciudadanos un derecho propio, cuando precisan de protección, se van a poner en evidencia en este estudio, algunas cuestiones que, si se mantiene el derecho derivado como hasta ahora, deberían ser repensadas por lo Estados. En este contexto, cabe apuntar la escasa protección de las parejas de hecho, el reconocimiento de beneficios inadecuados cuantitativamente en los supuestos de reparto de la pensión de viudedad entre varios cónyuges o incluso la relación entre este derecho y la protección de los hijos. Pero, además, es fundamental repensar la combinación de elementos asistenciales en el acceso a la pensión, que no parecen fundamentarse en un contexto contributivo, que es el origen de la pensión. Con estas condiciones se rompe la lógica de la parte contributiva del sistema de Seguridad Social que podría mantener cierto sentido en una regulación de nuevas prestaciones dirigidas individualmente a los ciudadanos, pero no en el actual.

En todo caso, en este estudio se trata de proponer que las mujeres tengan medios de vida propios, sin depender directamente de las rentas de sus cónyuges, de acuerdo con el Objetivo de Desarrollo Sostenible Quinto de la Agenda 2030. En concreto, se busca la autonomía económica de las mujeres, el reconocimiento de sus derechos propios a través del reconocimiento del trabajo de cuidado no remunerado y el reconocimiento, en su caso, de pensiones no contributivas adecuadas⁵⁴.

⁵¹ Se ha optado por la terminología de pensión de viudedad, aunque en algunos ordenamientos, se utilizan otros vocablos. Por ejemplo, en Argentina se diferencia entre jubilación y pensión, siendo la última la que aquí se denomina como pensión de viudedad.

⁵² STC 103/ 1983, de 22 de noviembre.

⁵³ SSTC 77/1991, de 11 de abril y 2/1992, de 9 de marzo.

⁵⁴ En este sentido, Vid. Pacto Iberoamericano por la igualdad entre hombres y mujeres en los sistemas de seguridad social, firmado el 8 de septiembre de 2016 por ministros y ministras y OISS, en encuentro regional promovido por la OISS.

Desde este contexto, se pasa a analizar las prestaciones por viudedad, no con el objeto de realizar un examen exhaustivo, sino de apuntar los problemas más importantes que se plantean en el desarrollo de la regulación de estos beneficios, así como las pautas seguidas para solucionar las cuestiones planteadas entorno a su aplicación práctica hasta el momento. El estudio parte del análisis del ordenamiento español, pero al hilo de este examen se van a aportar ejemplos en otros países, especialmente en los hispanoamericanos. En un segundo momento, se propone la posibilidad de dar un paso más y proteger a las mujeres de acuerdo con derecho propios y no derivados.

1. LOS BENEFICIARIOS

En general, la regulación de la pensión de viudedad está pensada para proteger al cónyuge que se queda viudo y, por tanto, pierde parte de las rentas (o, todas) al fallecer uno de los sustentados (en ocasiones, el único) del hogar familiar. No obstante, el incremento de las parejas que conviven, sin formalizar el nexo matrimonial, así como de las rupturas de dicho vínculo, han llevado a que sea precisa la adaptación de la norma a las nuevas situaciones.

1.1. Los cónyuges

En el ordenamiento español, el beneficiario principal es el cónyuge supérstite, es decir, el unido por nexo matrimonial con efectos civiles⁵⁵, sin que se le

demande ningún otro requisito sobre su relación⁵⁶. La única condición exigida a los cónyuges se establece en los supuestos de fallecimiento por enfermedad común: se demanda un año de matrimonio o hijos comunes⁵⁷, cuando dicha enfermedad no sea sobrevenida al vínculo conyugal. En todo caso, no se exigirá tampoco dicha duración en estos supuestos, cuando en la fecha de celebración del mismo se pudiese acreditar un período de convivencia con el causante, que, sumado al de la duración del matrimonio, supere los 2 años⁵⁸. Obviamente, siempre que durante la convivencia los convivientes se encontrasen libres de vínculos matrimoniales con terceros⁵⁹.

Esta condición también se puede encontrar en otros ordenamientos. Así, por ejemplo, en Chile a los viudos, que acceden a la prestación de viudedad por el antiguo sistema de protección, se les exige que hayan contraído matrimonio con, al menos, 6 meses de antelación al fallecimiento en supuestos de causantes en activo (salvo que su haya sido causando por accidente común) o pensionistas de invalidez parcial, o 3 años en caso de que se trate de un pensionista de incapacidad permanente absoluta o de jubilación. Asimismo, se incluyen excepciones similares, dado que no se demanda este plazo de carencia en los supuestos en los que existan hijos menores comunes o que la viuda esté embarazada.

No hace falta decir que el fundamento de la exigencia de este requisito añadido parece ser la presunción de fraude que recae sobre el matrimonio celebrado cuando el causante ya está enfermo.

⁵⁵ Sobre esta cuestión se ha mantenido una interpretación integradora. Así, por ejemplo, se ha reconocido como válido el matrimonio canónico no inscrito en el registro civil; el civil celebrado durante la Segunda República; o en distintas formas religiosas (iglesia evangelista, israelita e islámica) y los formalizados en el extranjero, siempre que cumplan los requisitos legales (STC 199/2004, de 15 de noviembre). Asimismo, se reconoce el celebrado en Estados de la Unión Europea, inscrito en sus registros, en base al propio reconocimiento mutuo del valor de los documentos [STSJ de País Vasco de 25 de febrero de 2014 (JUR 2014, 187609)], o en Brasil por idénticos motivos [STSJ Cataluña de 20 de enero de 2014 (JUR 2014, 49731)]. Mención especial merece el rito gitano, al que no se le reconoce directamente efectos civiles (STC 69/2004, de 15 de diciembre). Sin embargo, la sentencia del Tribunal Europeo de Derecho Humanos de 8 de diciembre de 2009 (TEDH 2009, 140) marca un punto de inflexión en esta materia, estimando el derecho a la pensión de viudedad, basado en la buena fe de la actora que confió en que el Estado le había conferido valor matrimonial. A partir esta declaración, la jurisprudencia ha sido muy variada. En ocasiones, se le ha reconocido el mismo valor que a las parejas de hecho [STSJ de Cataluña de 7 de mayo de 2014 (Rec. 2014, 268)], mientras que en otras se ha calificado como matrimonio [STSJ de Andalucía/Granada de 27 de marzo de 2014 (AS 2014, 1685)].

⁵⁶ Se presume la situación de necesidad (STC 184/1990, de 15 de noviembre) y el requisito de la convivencia ha sido atenuado a partir de la Ley de divorcio hasta su total desaparición.

⁵⁷ Con independencia de que los hijos sigan vivos; sean o no beneficiarios de la pensión de orfandad; o hayan nacido ante o después del fallecimiento del causante de acuerdo con el Criterio INSS 46/1999, de 14 de octubre de 2008.

⁵⁸ En estas circunstancias no se exige la inscripción (o documento público), basta con la acreditación de la mera convivencia en la duración exigida por la norma de acuerdo con, entre otras, la STS de 24 de mayo de 2012 (recurso 2011, 1148).

⁵⁹ En caso contrario, solo se contabilizará la convivencia desde la extinción del nexo marital anterior a tenor de la STS de 30 de septiembre de 2014 (JUR 2014, 279766).

Dicho en otras palabras, se sospecha que en estos casos el nexo matrimonial se ha buscado con el objetivo de causar la prestación⁶⁰, de modo que a través del tiempo de relación o de los hijos comunes se trata de demostrar que no ha sido así. En conclusión, el fraude lleva a determinar las condiciones de acceso.

No obstante, en el derecho español se trata de atenuar estos efectos mediante el acceso al subsidio de viudedad con el objeto de conceder unas rentas el cónyuge superviviente mientras se organiza y, en su caso, busca otros recursos que reemplacen a los perdidos al fallecer el causante. La duración de esta prestación es de 2 años y su cuantía mensual es idéntica a la de la pensión de viudedad. Así, se trata de salvar la situación de necesidad de aquellos que, aunque no se casaron de forma fraudulenta, con el único fin de conseguir la pensión, sí quedaron desprotegidos.

Otra cuestión a tener en cuenta en el ámbito de la protección de los cónyuges, es la situación de los cónyuges legalmente separados, que reanudan la convivencia con anterioridad al hecho causante, sin que la reconciliación se haya puesto en conocimiento del Juzgado. En estos casos, en el derecho español para acceder a la pensión de viudedad no se les trata como cónyuges, sino como si fuesen una pareja de hecho⁶¹. El único beneficio que obtienen es que la convivencia matrimonial también se valora para obtener el beneficio⁶². Como se puede ver, otra vez se evidencian nuevas situaciones que no se tuvieron en cuenta en la regulación original de la norma, pero que la evolución social ha puesto de manifiesto.

1.2. Los ex cónyuges

A. La prueba de la carencia de recursos

En el derecho español, los ex cónyuges legítimos también podrán acceder a la pensión de viudedad a la muerte del causante, siempre que cumplan ciertos requisitos: en concreto, cuando no hayan contraído nuevas nupcias o formado pareja de hecho y cuando sean acreedoras de una pensión compensatoria y la pierdan en el momento del fallecimiento⁶³. Esta última condición se exige con el fin de garantizar que la prestación actúe con carácter de renta de sustitución, demostrando que el beneficiario dependía del causante y que ahora ha perdido su medio fundamental de vida⁶⁴. En otras circunstancias parece que carece de sentido mantener un derecho cuando se rompió la relación conyugal, puesto que no queda ninguna vinculación entre las partes.

No obstante, en la actualidad la norma acepta dos excepciones a este requisito de la pensión compensatoria, dado que los sujetos protegidos generalmente pertenecen a situaciones sociales anteriores, con repartos de roles clásicos entre hombre y mujer, que lleva a que se pueda presumir la existencia de la relación de dependencia. Se reconocen reglas especiales para los sujetos que se separaron o divorciaron con anterioridad a enero de 2008, aunque solo a los que accedan a la protección antes del 31 de diciembre de 2017, ya que no será preciso acreditar una pensión compensatoria para acceder a la pensión de viudedad⁶⁵. En todo caso, se demandan ciertas obligaciones añadidas, que complican el acceso a la protección mediante este

⁶⁰ El Pleno del Tribunal Constitucional ha acordado admitir a trámite la cuestión interna de inconstitucionalidad 693-2013(Providencia 26-02-2013) sobre esta exigencia.

⁶¹ STS de 23 de abril de 2012 (RJ 2012, 5870), aunque se considera matrimonio, cuando reanudada la convivencia se comunica a un notario [STS de 4 de marzo de 2014 (RJ 2014,2078)].

⁶² STS de 4 de marzo de 2014 (RJ 2014, 2078).

⁶³ Se entiende cumplida la condición respecto a la pensión compensatoria, cuando se refiera a otras ayudas con idéntica finalidad: por ejemplo, la pensión de contribución a las cargas del matrimonio y alimentos [SSTS de 29 de enero de 2014 (RJ 2014, 1038) y de 6 de mayo de 2014 (RJ 2014, 3753), así como Criterio INSS 30/1994, de 24 de abril de 2014]. Además, no se exige que se haya recibido el pago fehacientemente, sin que la falta de reclamación extinga la pensión, ni signifique su renuncia [STS de 1 de abril de 2014 (RJ 2014,2780), así como Criterio INSS 30/1994, de 17 de julio de 2014]. No obstante, no se acepta cuando solo se declara que las partes se compensarán con lo que puedan, y cuando puedan, sin ningún compromiso formalizado [Criterio INSS 30/1994, de 26 de diciembre de 2014].

⁶⁴ El mismo derecho se reconoce a los supervivientes, cuyo matrimonio fue declarado nulo en las mismas condiciones, especialmente demostrando su situación de necesidad mediante la pérdida en el momento del fallecimiento de la indemnización reconocida vía art. 98 de Código Civil, siempre que se acredite la buena fe del sujeto [STSJ de Madrid de 27 de junio de 2014 (AS 2014, 2154)].

⁶⁵ Esta excepción se extendió a todos los supuestos en los que el fallecimiento ocurrió entre el 1 de enero de 2008 y el 31 de diciembre de 2009. Igualmente se reconoce desde enero de 2013 a los excónyuges con más de 65 años y 15 años de matrimonio, cuando no tengan reconocida otra pensión pública.

recurso: a) que desde la fecha de separación judicial o el divorcio hasta el momento del fallecimiento del causante haya transcurrido menos de 10 años; b) que la relación matrimonial haya tenido cierta estabilidad, puesto que se demanda que haya durado un mínimo de 10 años⁶⁶; c) que tengan hijos comunes o que el beneficiario sea mayor de 50 años en el momento del fallecimiento.

Así, parece que la existencia de un hijo garantiza por sí misma la necesidad de rentas. Y si no se demuestra de esta forma, se concederá a los mayores de 50 años, puesto que, en general, las que accederán serán mujeres que se dedicaron al cuidado de su hogar, mientras el marido trabajaba fuera para obtener las rentas necesarias. Esto es, se está protegiendo una realidad social que posteriormente ha sido superada por la población que ahora tiene una edad inferior a la señalada.

Por otro, también se exceptúan del requisito de la pérdida de la pensión compensatoria a las víctimas de violencia de género, como parte de las medidas generales de la legislación a favor de las mujeres víctimas de la violencia de género, que trata de conceder derechos más accesibles dada la especial situación en que se encuentran en estos supuestos. En definitiva, se mantiene al margen del supuesto de necesidad económica del beneficiario. En este caso, deberán demostrar su situación mediante la existencia de sentencia firme que lo declare⁶⁷, o del archivo de la causa por extinción de la responsabilidad penal por fallecimiento. En caso de que no exista tal resolución, se han admitido otros medios de prueba tales como la orden de protección dictada a su favor o del informe del Ministerio

Fiscal que indique la existencia de indicios de violencia de género, así como por cualquier otro medio admitido en derecho⁶⁸.

B. El importe de la pensión de viudedad

En los supuestos generales, la cuantía de la prestación de viudedad queda limitada por el importe de la pensión compensatoria pérdida. Al contrario, cuando no se exige el requisito, no se produce tal limitación⁶⁹, con independencia de que se pierda una pensión de tal naturaleza⁷⁰. En caso contrario, resultarían más favorecidos quienes no tuviesen reconocida la pensión compensatoria, cuando lo que se plantea es aplicar una excepción para no desproteger.

Con independencia de esta cuestión, se establecen reglas para el reparto de la cuantía en caso de concurrencia de varios beneficiarios⁷¹. En el derecho español, se valora el tiempo proporcional de convivencia de cada uno de ellos con el causante⁷², contabilizando también la convivencia antes del matrimonio y descontando el tiempo desde la separación⁷³. No obstante, debe siempre garantizarse al menos un 40% del importe a quien fuese el cónyuge o la pareja en el momento del óbito⁷⁴. Incluso se beneficia de la parte que se le descuenta a otro excónyuge de acuerdo con el importe de la pensión compensatoria que pierde en el momento del fallecimiento⁷⁵. En todo caso, esta regla de reparto se está sometiendo en la actualidad al análisis de su constitucionalidad⁷⁶, de modo que es posible que en un futuro cercano vuelvan a introducirse modificaciones por vulneración del principio de igualdad.

⁶⁶ A estos efectos, el cómputo se hará desde el momento de la creación del nexo hasta el divorcio, puesto que el art. 85 del Código Civil no reconoce a la separación judicial efectos extintivos.

⁶⁷ Aunque con posterioridad la víctima manifieste su voluntad de reconciliarse con el condenado a tenor de la STSJ de La Rioja de 19 de junio de 2014 (JUR 2014. 196563).

⁶⁸ STS de 30 de mayo de 2011 (RJ 2011, 5108).

⁶⁹ STS de 27 de junio de 2013 (RJ 2013, 6559).

⁷⁰ SSTs de 27 de junio de 2013 (RJ 2013, 6559) y de 30 de octubre de 2013 (RJ 2013, 8332), doctrina recogida por el Criterio INSS 46/1999, de 2 de abril de 2014.

⁷¹ En estos casos no se garantizan las cuantías mínimas de forma individualizada, sino que se reparte en idéntica proporción entre todos los concurrentes. Vid. STSJ de Andalucía de 11 de septiembre de 2014 (RJ 2014, 287445).

⁷² Si bien es verdad que al principio se distribuyó la cuantía de acuerdo con el tiempo de convivencia estricto de cada uno con el causante [STS de 18 de febrero de 1994 (AR 1994, 6680)], posteriormente se aplicó el criterio atributivo que repartía la cuantía de la pensión considerando el módulo del sujeto que continúa casado con el causante en el momento de su fallecimiento como pleno a contabilizar desde la constitución del primer vínculo matrimonial hasta el de la muerte, restándole el tiempo de convivencia concreto del resto de los beneficiarios [STS de 3 de julio de 2000 (RJ 2000, 7173)].

⁷³ STSJ de Galicia de 9 de abril de 2014 (AS 2014, 1695).

⁷⁴ El cónyuge o pareja principal recibe la parte de los excónyuges en el supuesto que fallezca, pero no, al revés, a tenor de la STSJ de Castilla-La Mancha de 5 de mayo de 2014 (AS 2014, 1423).

⁷⁵ STSJ Cataluña de 9 de septiembre de 2014 (AS 2014, 2789).

⁷⁶ Cuestión de inconstitucionalidad núm. 4921-2012 por el Pleno del Tribunal Constitucional (Providencia 10 de septiembre de 2013).

Se ha planteado si la regla de proporcionalidad debía aplicarse sólo cuando existe concurrencia de beneficiarios, o también cuando sobreviva uno solo, pero separado o divorciado del causante. El importe de la pensión siempre quedará reducido de acuerdo con el porcentaje de convivencia con el causante, con independencia de que no concurren distintos beneficiarios⁷⁷. De esta manera, la parte que corresponde al período donde no existió convivencia las adquiriría la Tesorería, que se beneficia como si fuese el cónyuge actual⁷⁸.

En resumen, una cuestión tan frecuente en la realidad social, como es la ruptura de las relaciones matrimoniales, plantea numerosas dudas en su aplicación que han ido disipándose a través de la evolución de la jurisprudencia. La razón de este descuido legislativo es la inclusión de normas al respecto que han ido cambiando desde el reconocimiento del divorcio en la legislación española (en 1981), tratando de adaptarse en cada momento a las situaciones que se han ido planteando, casi siempre desde las pautas ofrecidas previamente por los tribunales. Su desarrollo tiene una tendencia clara a atender las situaciones reales de necesidad, que culminaría en una regulación derechos individuales reconocidos, sobre todo a las mujeres mayores de 50 años, que en el momento del fallecimiento de sus ex cónyuges quedan desamparadas.

1.3. Las parejas de hecho⁷⁹

En la Seguridad Social española, la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, reconoció el acceso a la pensión de viudedad a las parejas de hecho con independencia de la causa de fallecimiento del causante. Pero, no a todas ellas, sino solo a las que cumplen ciertas

notas. En cualquier caso, este reconocimiento no se hace en las mismas condiciones que a los cónyuges⁸⁰, argumentando que los ciudadanos son libres en la elección de las diversas formas de convivencia, que plantean distintas consecuencias⁸¹.

En concreto, las condiciones de acceso a la pensión de viudedad son las siguientes. En primer lugar, los miembros de la pareja de hecho han de estar unidos por una relación de afectividad análoga a la conyugal. El segundo requisito consiste en no estar impedido para contraer matrimonio⁸², así como no tener vínculo matrimonial con otra persona⁸³.

Por otro lado, como tercer requisito se demanda la carencia de rentas, que se puede acreditar de dos maneras: o bien a través de los ingresos propios, cuando hayan sido inferiores al 50% de la suma de las rentas totales que disfrutaban el propio beneficiario y el causante⁸⁴; o bien es posible acceder siempre que sus rentas propias (todos los rendimientos de trabajo y capital, así como los de carácter patrimonial de acuerdo con las mismas reglas aplicables al cómputo para establecer el derecho a percibir los complementos por mínimos) sean inferiores al 1,5% del SMI vigente en el momento del hecho causante⁸⁵.

Si la prueba de la carencia de ingresos se hace por la primera fórmula, el beneficio se mantendrá con independencia de los recursos futuros del beneficiario, sin embargo, si el reconocimiento se lleva a cabo por la segunda, habrá que mantener la exigencia durante todo el tiempo que dure el disfrute de la pensión. De esta forma, si cambian las circunstancias económicas del beneficiario, habrá que comunicarlo a la entidad gestora y se suspenderá el disfrute de la prestación. Sin embargo, no

⁷⁷ STS de 23 de junio de 2014 (RJ 2014,5198).

⁷⁸ Entre muchas otras, STS de 27 de enero de 2004 (Ar. 2004, 849).

⁷⁹ Para profundizar sobre el tema se puede consultar, BLÁZQUEZ AGUDO, E.M. / PRESA, R., "Pensión de viudedad para parejas de hecho: evolución normativa y jurisprudencial" en *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 168/2014.

⁸⁰ Esta regulación se califica de opción legislativa, fundamentada de forma objetiva y razonable por requerimientos de seguridad jurídica y de delimitación de situaciones de fraude, tal y como se ha establecido en las SSTC 93/ 2013 de 23 de abril y 51/2014, de 11 de abril.

⁸¹ SSTSJ de Cataluña de 27 de marzo de 2013 (Rec. 2012, 4181) y de 19 de septiembre de 2012 (Rec. 2012, 203).

⁸² Están impedidos para contraer matrimonio: los discapacitados psíquicos, los menores de edad no emancipados, así como los parientes en línea recta por consanguinidad o adopción hasta el 3º grado y los condenados por sentencia firme como autores o cómplices de la muerte dolosa del cónyuge de cualquiera de ellos.

⁸³ Esta *condición fue* objeto de cuestión de inconstitucionalidad, que fue desestimada por STC 44/2014 de 7 de abril.

⁸⁴ El límite exigido se rebaja al 25% cuando el conviviente no tenga hijos comunes con derecho a pensión de orfandad. En todo caso, los ingresos que deben compararse son los del año natural anterior al fallecimiento, entendido como el período que va desde el 1 de enero al 31 de diciembre del ejercicio previo [STSJ de Andalucía/Sevilla de 20 de febrero de 2014 (Rec. 2013, 1101)].

⁸⁵ Si existen hijos comunes, el límite se incrementa en un 0,5% del SMI por cada uno de ellos.

parece adecuada la solución. Si en los dos supuestos queda probada la carencia de rentas, debería tratarse igualmente en el futuro, exigiendo en ambos casos el mantenimiento de la condición a tenor de la lógica que se sigue en la regulación de esta situación.

Para finalizar, las dos últimas condiciones demandadas a las parejas de hecho son, en primer lugar, la convivencia estable y notoria con una duración no inferior a 5 años y, además, el trascurso de 2 años desde el momento de la inscripción en registro público o desde la acreditación de su existencia en documento público. Estos requisitos que parecen, en principio, que comparten igual justificación, sin embargo, se plantean como condicionantes cumulativos o alternativos⁸⁶. La primera es una condición material de convivencia que prueba la estabilidad de la pareja de hecho y la segunda es un requisito formal o “*ad solemnitatem*” de verificación de la constitución de la pareja ante el Derecho, al menos, con 2 años de antelación al hecho.

En relación a la mera convivencia, se exige que sea prolongada en el tiempo con el objeto de evitar que accedan a la protección las relaciones de hecho esporádicas y se computa desde el momento exacto de la muerte del causante⁸⁷; sin que se admita ninguna interrupción en su desarrollo⁸⁸. Dicha convivencia debe ser probada mediante el correspondiente certificado de empadronamiento, no obstante, se ha aceptado una interpretación flexible

de este requisito, admitiendo otros medios de acreditación⁸⁹.

Asimismo, se exige la acreditación de la pareja de hecho con una antelación mínima de 2 años a la fecha del hecho causante mediante uno de los siguientes medios: o bien la certificación de la inscripción en alguno de los registros específicos de las Comunidades Autónomas o de los ayuntamientos del lugar de residencia, o bien mediante documento público en que conste la acreditación de la pareja. Se hace una interpretación restrictiva de lo que se entiende como documento público, de forma inversa a lo que ocurre en la prueba de la convivencia⁹⁰.

Comparado con otras regulaciones, la española parece demasiado rígida a la hora de aceptar la acreditación de la convivencia. Así, por ejemplo, en la Ley Argentina, se reconoce el derecho al conviviente del jubilado fallecido, siempre que acredite haber convivido públicamente, en aparente matrimonio, durante por lo menos 5 años inmediatamente anteriores al fallecimiento. No obstante, dicho plazo se reduce a 2, años cuando existan hijos reconocidos por ambos convivientes. También en el derecho colombiano se demandan 5 años de convivencia para acceder al derecho. Por tanto, no se solicita un doble condicionamiento como en el español.

En el caso del derecho argentino, en general, la convivencia se puede acreditar mediante uno de

⁸⁶ Entre otras muchas, STS de 12 de noviembre de 2014 (JUR 2014, 280298), Criterio INSS 30/1994 y STC 4072013, de 11 de marzo.

⁸⁷ STSJ de Madrid de 22 de octubre de 2012 (Rec. 2012, 991).

⁸⁸ Auto TS de 29 de enero de 2014 (Rec. 2013, 1436), aunque en algunos casos se ha admitido en supuestos de internamiento de uno de los convivientes en prisión (Circular del INSS 30/1994, de 11 de abril de 2008).

⁸⁹ Entre otras muchas, STS de 25 de mayo de 2010 (Rec. 2009, 2696) y de 26 de enero de 2011 (Rec. 2010, 2714). En concreto, la escritura de testamento, la escritura de compraventa; el contrato de alquiler de vivienda; el certificado de defunción con la nota marginal aportado a los autos; la existencia de hijos comunes [STSJ de Madrid de 30 de septiembre de 2009 (Rec. 2009, 2020) y STSJ de Navarra de 28 de julio de 2009 (Rec. 2009, 197)]; el nacimiento de un hijo común junto con la suscripción de contrato de compraventa autorizado ante notario de la vivienda que constituyó el domicilio conyugal [STSJ de Baleares de 18 de febrero de 2010 (Rec. 2009, 561)]; el certificado de nacimiento de un hijo común donde consta el mismo domicilio de ambos padres, que también se acredita en el otorgamiento posterior de escritura y en la inscripción como pareja de hecho [STSJ de La Rioja de 20 de junio de 2012 (Rec. 2012, 260)]; la cartilla bancaria conjunta, en la cual la pareja domiciliaba los recibos de los gastos comunes de la vivienda familiar y abonaba una póliza de préstamo común [STSJ de Madrid de 22 de febrero de 2010 (Rec. 2009, 5515)]; el certificado del ayuntamiento, basado en la información de la policía local, que acreditaba el domicilio real [STSJ de Castilla-La Mancha de 9 de julio de 2009 (Rec. 2009, 198) y STSJ de Cataluña de 13 de octubre de 2011 (Rec. 2011, 6431)]; o el nacimiento de un hijo común, y la constatación del mismo domicilio común en la TGSS, en la demanda de inscripción del registro y en el DNI [STSJ de Castilla-La Mancha de 12 de noviembre de 2012 (Rec. 2009, 250)]; y la convivencia acreditada por escritos, contrato de alquiler, certificado de empadronamiento, y libro de familia [STSJ Cataluña de 14 de junio de 2011 (Rec. 2010, 2705)].

⁹⁰ No se considera como tal el libro de familia [STS de 13 de febrero de 2014 (Rec. 2013, 1127)], ni el IRPF presentado de forma conjunta [Auto del TS de 7 de diciembre de 2011 (Rec. 2011, 1973)], ni el testamento [STS de 26 de noviembre de 2012 (Rec. 2011, 4072)], ni cuando se reconocen mutuamente como convivientes [STS de 9 de octubre de 2012 (Rec. 2011, 3600)], ni el certificado expedido por ayuntamiento [STSJ de País Vasco de 22 de diciembre de 2009 (Rec. 2009, 2097)], ni la escritura de compraventa ante notario [STSJ de Andalucía/Granada de 19 de enero de 2014 (Rec. 2014, 29)] o de testamento a favor de la pareja de hecho [STS de 9 de febrero de 2015 (Rec. 1352, 2014)].

estos instrumentos: documento público donde conste la declaración de la relación de la convivencia o concubinato formulada por el causante o ambos convivientes⁹¹. Y, además, se exigen tres de los siguientes documentos probatorios de la relación (a) información sumaria judicial o administrativa con dos testigos sin la participación del causante; b) comprobante de la obra social del titular, donde se encuentre como titular de la prestación la/el conviviente; c) documento de identidad, donde surja que poseen el mismo domicilio que en la partida de defunción del causante; d) documento donde el/la conviviente figure como apoderado para percibir o, para tramitar y percibir; e) partida de nacimiento de hijos en común, reconocidos por ambos convivientes); y una de las siguientes pruebas con el objeto de acreditar igual domicilio o convivencia (a) póliza de seguro, donde surja como titular de la prestación la/el concubina/o; b) contrato de locación familiar, debidamente sellada o timbrada; c) documentos de tarjeta de crédito; d) documentación del banco de la cuenta corriente / caja de ahorro; e) servicios públicos a nombre del/ dela conviviente. Para cerrar estas posibilidades probatorias, se admite que, en caso de no poder acreditar la relación de convivencia previsional mediante la presentación de la documentación probatoria mencionada, se podrá presentar la totalidad de la documentación que se posea, a los efectos de iniciar una actuación administrativa, para probar la relación invocada. Así, se deja abierta la posibilidad de probar la relación de convivencia con el fin de causar la pensión de viudedad.

Si bien puede ser adecuado que se demanden distintas condiciones de acceso a la pensión de viudedad a las parejas de hecho de acuerdo con la libre elección de los ciudadanos a la hora de establecer sus relaciones, no se puede compartir que se requieran tantos requisitos de acceso, que deba probarse una estabilidad superior al nexo matrimonial, como ocurre en el ordenamiento español. Y, en cualquier caso, si ya se ha demostrado la conviven-

cia en idéntica línea que se exige en la formalización del matrimonio, no se añada la demostración de la situación de necesidad a través de la carencia de rentas que no parece necesaria cuando la relación matrimonial sigue en vigor al fallecimiento del causante. En definitiva, parece adecuada la petición de la prueba de la estabilidad de la relación, que sí queda probada a través del matrimonio, pero sin incluir ningún otro condicionante distinto.

1.4. La protección desigual por razón de género

En la regulación del sistema de Seguridad Social español de 1974 sólo se reconocía el derecho a la pensión vitalicia de viudedad a las viudas sin más requisitos que el alta y ciertas cotizaciones al sistema de Seguridad Social por parte de su marido. Sin embargo, a los viudos se les exigía, además de las condiciones señaladas, la incapacidad para el trabajo. De esta forma, este último debía demostrar su imposibilidad de obtener ingresos por sí mismo y, por tanto, su estado de necesidad, mientras que esta condición se presumía en las viudas⁹².

Esta regulación era claramente contraria al artículo 14 de la Constitución, donde se proclama la igualdad entre los sexos y a la prohibición de discriminación⁹³. Por esto, en las primeras sentencias del Tribunal Constitucional se declaró la vulneración de dicho principio, reconociendo el acceso a la pensión de viudedad en las mismas condiciones a los hombres y a las mujeres⁹⁴. Posteriormente, fue la Ley 26/ 1990, de 20 de diciembre, por la que se establece prestaciones no contributivas de la Seguridad Social, la que eliminó cualquier tipo de diferencia de trato en la pensión de viudedad por razón de sexo, sustituyendo el término “*viuda*” por el de “*cónyuge*”⁹⁵.

Todavía en algunos países se sigue manteniendo las diferencias de protección por razón de viudedad,

⁹¹ Se entiende por tal documento a la resolución judicial, la denuncia penal, la sentencia judicial, la escritura pública, la información sumaria judicial o administrativa con la participación del causante o ambos convivientes, pero, también cualquier otro instrumento público reconocido civilmente; o por información sumaria judicial tramitada por la/el conviviente-derechohabiente con dos testigos con la participación del organismo gestor de la Seguridad Social (ANSES) y demás terceros interesados cuya existencia se conociere; así como por partida de matrimonio de argentino/s celebrado en el extranjero entre el período comprendido entre el 01/03/1956 y el 21/06/1987, existiendo una relación matrimonial vigente; o asimismo mediante unión civil.

⁹² STC 103/ 1983, de 22 de noviembre.

⁹³ GONZALO GONZÁLEZ, B., “La Seguridad Social de los viudos varones según el Tribunal Constitucional” en *Actualidad Laboral*, núm. 6/ 1990, pág. 75.

⁹⁴ SSTC 103/1983, de 22 de noviembre y 104/1983, de 23 de noviembre.

⁹⁵ Sobre esta cuestión, se puede consultar, BLÁZQUEZ AGUDO, EVA MARÍA, *Las prestaciones familiares en el sistema de la Seguridad Social*, BOE, 2005. págs. 91 y ss.

según el que acceda a la protección sea hombre o mujer. Así, por ejemplo, en Chile se exigen diferentes requisitos a los viudos que a las viudas que acceden a la prestación de viudedad del antiguo sistema de protección. En general, se exige que el causante, que falleció por contingencias comunes, haya cotizado, al menos, 401 semanas. Pero, además, si el presunto beneficiario es hombre, se le demanda que haya sido declarado discapacitado por la Comisión de Medicina Preventiva e Invalidez (COMPIN) y que haya vivido a expensas de la cónyuge. En definitiva, se requieren similares condiciones que con anterioridad en el sistema español.

Sería deseable que se vayan igualando las exigencias en cuanto a los requerimientos de prueba del estado de necesidad a viudos y viudas, de modo que se exijan a todos las mismas circunstancias e idénticas demostraciones.

1.5. El elemento de la edad como límite del reconocimiento del derecho

Hay ordenamientos que tienen en cuenta la edad de los beneficiarios para conceder la protección o no. La inclusión de este elemento se basa en que se entiende que si se tiene una edad determinada, se puede encontrar recursos propios para vivir, por lo que no es preciso acceder a los derechos como superviviente.

De acuerdo con esta situación, por ejemplo, en el derecho francés, se limita el derecho a la pensión de acuerdo con la edad del beneficiario. Así, únicamente se concede la pensión de viudedad a partir de los 55 años, y solo bajo condición de prueba de carencia de recursos. Si es menor de esa edad se le reconoce un subsidio temporal con el objeto de que pueda encontrar un puesto de trabajo que le aporte rentas propias, dado que se entiende que tiene la oportunidad de encontrar sus propios medios de vida.

Otro ejemplo, se puede aportar desde el ordenamiento alemán. Según la edad se diferencia entre la pensión mayor y la menor. Los cónyuges que tengan cumplidos los 45 años de edad (que va a elevarse hasta 47), que se encuentren discapacitados/as, o tengan un hijo menor o discapacitado reciben un 60 % del importe de la pensión que le hubiese correspondido al cónyuge fallecido. Si no se encuentra en ninguno de estos casos, entonces percibe solo un 25%.

2. LA FLEXIBILIZACIÓN DE LAS CONDICIONES LIGADAS AL CAUSANTE

En el derecho español, el causante puede causar la pensión de viudedad desde la situación de alta o asimilada al alta, así como desde la situación de pensionista. En ambos casos, la tendencia ha sido a facilitar el acceso al derecho.

En el primer caso, se demanda al causante que se encuentre en alta o situación asimilada al alta en el momento de fallecimiento para que su cónyuge/ex cónyuge o pareja de hecho puedan acceder a la pensión de viudedad. Además, en el supuesto de que el óbito tenga como origen la enfermedad común se exigirán tener acreditados al menos 500 días⁹⁶, en un período ininterrumpido de 5 años inmediatamente anteriores a la fecha en que cesó la obligación de cotizar⁹⁷, que se retrotraen al momento en que cesó la obligación de cotizar en el supuesto que el sujeto se encontrase en situación asimilada al alta⁹⁸. Se reconoce el mismo beneficio con independencia de que el óbito se haya producido por causa de contingencia común o profesional, pero se demandan cotizaciones previas solo en caso de fallecimiento por enfermedad común.

Las situaciones legales de situación asimilada al alta son la percepción del subsidio de incapacidad temporal, riesgo durante el embarazo, ma-

⁹⁶ Hay ordenamientos más generosos en relación a esta condición que otros, por ejemplo, en Alemania se demandan 60 meses cotizados y en Colombia 50 semanas en los últimos 3 años antes del fallecimiento.

⁹⁷ A estos efectos son computables como días de cotización las situaciones de incapacidad temporal, maternidad, paternidad y riesgo durante el embarazo/lactancia; suspensión con reserva de puesto de trabajo por víctima violencia de género; los años de excedencia por guarda legal o el primero de cuidado familiar; la jornada al 100% en los casos de reducción de jornada por cuidado del menor afectado por cáncer u otra enfermedad grave; y los dos primeros años de reducción por cuidado de menor de 12 años, así como el período de maternidad o paternidad subsiguiente a la extinción del contrato de trabajo o que no se inicie durante la percepción de prestación de desempleo. Además, se tendrán en cuenta las cotizaciones realizadas al SOVI y al Mutualismo Laboral, aunque no estuviesen dentro de los últimos 5 años.

⁹⁸ A los efectos de computar los últimos 5 años se consideran ciertos períodos como tiempo neutro o de paréntesis que la jurisprudencia ha calificado como situaciones asimiladas al alta en la STSJ de Andalucía/Sevilla de 25 de septiembre de 2014 (JUR 2014, 276936).

ternidad, paternidad o riesgo durante la lactancia natural, la situación legal de desempleo, y las situaciones de alta especiales como son la huelga y el cierre patronal, se añaden otras legislativamente como la excedencia forzosa para ocupar cargo público que imposibilite la asistencia al trabajo o el ejercicio de funciones sindicales, el traslado de un trabajador por su empresa a centros de trabajos radicados fuera del territorio nacional; y los supuestos en que se ha suscrito un Convenio Especial, cuando cesa la condición de trabajador por cuenta ajena. No obstante, la jurisprudencia ha mantenido una línea humanizadora, incluyendo como tales otras circunstancias como, por ejemplo, en las situaciones relacionadas con desempleo⁹⁹; cuando el causante no se encontraba en alta por estar en el extranjero, cuando sólo estuvo un día¹⁰⁰; o cuando no se encontraba en esta situación en el momento del fallecimiento desde hacía un breve plazo, pero contaba con una dilatada carrera de cotización¹⁰¹.

Por otra parte, con el fin de que sea imposible el acceso a las pensiones de viudedad por no encontrarse el causante en alta o situación asimilada al alta, cuando, sin embargo, cotizó durante un largo período, se ha flexibilizado el primero de los requisitos. Así, se permite el acceso al derecho desde la situación de no alta, siempre que se hayan cotizado 15 años, incluso aunque sean en varios regímenes diferentes¹⁰².

No obstante, la situación más común es causar el beneficio desde la situación de pensionista de jubilación o incapacidad permanente, obviamente siempre de la modalidad contributiva. La norma reconoce el derecho, cuando los causantes aún no hubiesen solicitado dicha pensión, pero, sin embargo, hubieran cesado el trabajo por cuenta ajena. Igualmente, se entiende que se generan idénticos derechos en relación a la pensión de invalidez, aún no solicitada¹⁰³. Asimismo, se asimila al incapacitado permanente que hubiese sustituido la pensión por una indemnización a tanto alzado y fallezca antes de cumplir los 60 años.

En definitiva, con la descripción de todas estas circunstancias y su interpretación flexible se quiere poner en evidencia que, en general, se está tratando de atender a todas las necesidades familiares, con independencia de cuestiones contributivas. De esta forma, de nuevo habrá que reivindicar la necesidad de atender estos estados desde el punto de vista no contributivo, al margen de las cotizaciones de otros sujetos que, en cierto modo, ya está contemplando, aunque aún de forma tenue, la propia práctica de aplicación de las prestaciones de muerte y supervivencia.

3. LA NECESIDAD DE DAR UN PASO MÁS: HACIA LOS DERECHOS PROPIOS

Como se ha podido observar hasta ahora, la tendencia en el derecho español es la flexibilización en el acceso a la pensión de viudedad desde dos puntos de vistas: la extensión del ámbito subjetivo de la protección y la humanización en el cumplimiento de las condiciones exigidas al causante. Si bien de esta forma se consigue proteger en mayor medida a aquellos que lo precisan al fallecimiento de su cónyuge o pareja, parece que sería más adecuado atenderlos no tanto por su relación personal, como por la situación de necesidad en la que quedan. Dicho en otros términos, se entiende más adecuado la definición de derechos propios y no derivados en el ámbito de la protección social, de forma que se atiendan las necesidades de los ciudadanos directamente y no por razón de parentesco.

3.1. La realidad social anterior como punto de partida

Esta necesidad de crear derechos propios se fundamenta en el contexto de la evolución social de las relaciones familiares. Si bien es verdad que la pensión de viudedad ha protegido tradicionalmente

⁹⁹ Así, en supuestos de paro involuntario siempre que se mantenga el "animus laborandi" [STSJ de Castilla-La Mancha de 24 de octubre de 2013 (JUR 2013, 340381) y STSJ de Asturias de 5 de abril de 2013 (JUR 2013, 189287)] y se haya mantenido ininterrumpidamente la inscripción como demandante de empleo [STSJ de Murcia de 16 de junio de 2014 (JUR 2014, 280263)]. Asimismo, se ha aceptado cuando el período de desconexión de esta situación no ha sido demasiado largo [STSJ de Andalucía/Granada de 22 de enero de 2014 (AS 2014, 650)], o incluso cuando no es posible acudir a la oficina de empleo por haber sufrido una larga enfermedad [STSJ de Cataluña de 17 de julio de 2014 (JUR 2014, 241758)].

¹⁰⁰ STSJ de Cataluña de 8 de marzo de 2013 (JUR 2013, 173611).

¹⁰¹ STS de 28 de noviembre de 2001 (RJ 2002, 988).

¹⁰² Circular INSS 4/2003, de 8 de septiembre.

¹⁰³ Se asimilan idénticos efectos, cuando el sujeto fallece y ya se le había reconocido por resolución una incapacidad permanente, aunque no se le hubiese comunicado, Vid. STS de 16 de marzo de 2002 (RJ 2002, 5208).

al nexo conyugal, con posterioridad se ha tratado de adaptar a las nuevas realidades: por ejemplo, se han valorado los efectos de la ruptura del matrimonio y del incremento de parejas de hecho. Sin embargo, aún quedan ciertos elementos legislativos que tienen su origen en otro entorno generalizado muy distinto, donde el hombre trabajaba fuera de casa y aportaba las rentas al hogar y la mujer se quedaba en casa cuidante a los hijos, como se pondrá en evidencia a través de este estudio. Muchos de los problemas que se plantean desde la evolución social quedarían resueltos a través de la creación de derechos individuales que protegiesen al ciudadano de acuerdo con sus necesidades concretas.

Como ya se ha señalado, en el derecho español, por ejemplo, la construcción de la pensión de viudedad se realizó en los últimos años de la década de los sesenta sobre una realidad social determinada: la mujer permanecía en casa al cuidado de la familia, mientras que el marido trabajaba fuera de hogar, proveyendo a la familia de los recursos económicos necesarios para su subsistencia. Con lo cual era lógico que al fallecer éste último se garantizará un medio de vida a quienes hasta ese momento habían dependido económicamente del causante. Es por esto que no fue hasta 1990 cuando la ley reconoció el acceso a la pensión de viudedad de forma general y en iguales condiciones a los viudos que a las viudas. Hasta ese momento solo se reconocía el derecho a los viudos que demostrasen su incapacidad para el trabajo y su dependencia de su esposa fallecida, condiciones que no se demandaban a las viudas, ya que se presumía que ellas sí cumplían ambos requisitos. Desde ese momento se exigen idénticos requisitos de acceso a la pensión de viudedad para hombres y para mujeres, sin embargo, han sido las viudas quienes han seguido beneficiándose mayoritariamente de dicha prestación.

El patrón social anterior extiende sus consecuencias aún hoy en día, sobre todo respecto a los ciudadanos mayores de 50 años, que son el colectivo que tienen más probabilidades de acceder al beneficio todavía en este momento, puesto que a mayor edad hay mayores probabilidades de causar la pensión. Así, la mayoría de los hombres han trabajado y cotizado y, por tanto, consecuentemente

son quienes aún generan la pensión, mientras que las mujeres más mayores no han contribuido al sistema y son muy pocas las que todavía causan la prestación a favor de sus cónyuges o parejas. Además, a esta realidad hay que añadir otra: las mujeres tienen una esperanza de vida mayor que los hombres, lo que se traduce en un mayor número de viudas que viudos.

En definitiva, aún todavía los hombres acceden mayoritariamente a pensiones propias (la pensión de jubilación), ya que han cotizado lo suficiente para ello; y las mujeres perciben pensiones derivadas (las pensiones de viudedad). En este contexto, no hay que olvidar que las pensiones mínimas que se determinan en cada caso suelen ser inferiores en el segundo supuesto y, en general, su cuantía también es menor de acuerdo con la fórmula de cálculo, de modo que las mujeres cobran beneficios con menores importes, situación que colabora directamente en la feminización de la pobreza.

3.2. La adaptación a los nuevos retos sociales

Frente a esta realidad provocada por los efectos del anterior contexto social, hay que pensar que ahora la mujer, en mayor o menor medida, se está incorporando al mercado laboral y en el futuro es esperable el aumento del número de beneficiarias de la pensión de jubilación y la generación por estas de pensiones de viudedad para sus cónyuges o parejas de hecho¹⁰⁴. En esta línea, se manifestaba en la línea en la disposición de la Ley 40/2007, donde se ponía en evidencia la necesidad del cambio legislativo para los nacidos con posterioridad a 1967, debido a un inciso en el panorama social.

Es probable que cuando aumenten el número de pensiones de viudedad, dado que habrá cada vez más mujeres que causen este tipo de beneficios, y teniendo en cuenta los problemas de financiación general del sistema de Seguridad Social por el aumento general de beneficiarios de pensiones (de viudedad o de jubilación), es probable que en un futuro próximo el legislador se plantee reconstruir este derecho. Así, por ejemplo, estableciendo otros medios de financiación (a través de impuestos y no de cotizaciones), o limitando su acceso a con-

¹⁰⁴ En todo caso, en todo el conjunto de los países Iberoamericanos la mujer sigue teniendo menor presencia en el mercado laboral que los hombres. Sobre esta cuestión, se puede consultar, AA.VV., Estudio sobre la perspectiva de género en los sistemas de Seguridad Social en Iberoamérica, OISS, págs. 33 y ss.

diciones de recursos (incompatibilizando con el disfrute de la pensión de jubilación o con el desarrollo de una actividad laboral).

Si se incluye cualquiera de estos cambios que lleven a desplazar a las pensiones de viudedad al nivel asistencial, solo se concederán a aquellas personas, mayoritariamente mujeres, que no hayan cotizado lo suficiente para acceder a la jubilación, puesto que, aunque en cifras inferiores, en general, siguen siendo ellas quien aún permanecen al cuidado hogar. Desde estas premisas, se concluirá que el ámbito subjetivo de la pensión de viudedad no cambiará, esto es, seguirá siendo especialmente femenino en idéntico sentido que en la actualidad, aunque debido a otras causas (no tanto a que haya un mayoritario número de amas de casa, sino más bien a que quien continúe ejerciendo esta actividad de cuidados familiares siguen siendo mujeres). Lo que si se reducirá es el número de beneficiarias, dado que solo accederán al derecho aquellas que no tengan otros medios de vida.

Enmarcados en este contexto, y posiblemente quedando la pensión de viudedad de forma minoritaria para las mujeres que no tengan otro medio de vida, desde aquí se reivindica que los ciudadanos no deben ser protegidos por ser cónyuge o pareja de hecho de otro, sino que deben ser atendidos a través del reconocimiento de derechos propios de acuerdo con sus propias necesidades, puesto que de este modo será más fácil la exigencia de pensiones que signifiquen el acceso a cuantías adecuadas para la subsistencia.

3.3. Algunas posibles soluciones

Algunos sistemas de Seguridad Social, aportan ejemplos de cómo ha evolucionado la regulación de la protección de las mujeres. Por ejemplo, en

Francia se establece una prestación que consiste en atribuir, bajo condición de prueba de carencia de recursos, cierta forma de aseguramiento en la vejez, a las personas que no ejercieron actividad profesional por dedicarse al cuidado de sus hijos (assurance- viellesse des parent au foyer). En este caso, se trata de una especie de pensión de jubilación, no causada por el desarrollo de una actividad laboral, sino por la asunción del cuidado familiar. Asimismo, en el derecho francés, se aumenta la cuantía de la pensión de jubilación en caso de que el beneficiario/a sea viudo/a¹⁰⁵.

Otra opción la ofrece el derecho alemán que contempla el traspaso de cuotas desde el consorte trabajador al cónyuge que no ha realizado actividad laboral por dedicarse al cuidado directo de la familia, lo que lleva a este último a adquirir las prestaciones de vejez por derecho propio. De esta forma, si se han repartido las funciones familiares, ambas partes quedarán beneficiadas por las contribuciones hechas a la Seguridad Social, con independencia de quien las haya realizado¹⁰⁶. También en Colombia, en la misma línea, se reconoce una pensión familiar que consiste en que las parejas podrán sumar sus semanas de cotización para completar el tiempo requerido y de esta manera recibir una pensión conjunta.

Todas estas fórmulas se entienden beneficiosas, sobre todo teniendo en cuenta que con ellas se reducirá la pobreza femenina, posibilitando la entrada en la protección de la Seguridad Social de un importante grupo de mujeres a las que se reconocería derechos de corte contributivo, pero, en este caso, propios y no derivados¹⁰⁷.

No obstante, es preciso regular otras fórmulas que completen estas, de forma que quede totalmente protegido el colectivo de las mujeres que no pueda acceder a esta tipología de beneficios. Es

¹⁰⁵ En 2012 solo 1,1 millones de pensiones relacionadas con la viudedad se recibían como derecho derivado, frente a 4,3 que recibían la pensión como complemento a la de jubilación. No obstante, todavía una gran parte del derecho que reciben las mujeres mayores reciben tiene su origen en su situación como viudas. Vid. COLLIN, C., "La part de la réversion dans la retraite des femmes diminue au fil des générations" en *Études et Résultats*, núm. 951/2016.

¹⁰⁶ De hecho, los nacidos partir de cierta fecha pueden elegir entre la pensión de viudedad o por el reparto equitativo de las pensiones de jubilación entre ambos cónyuges en vida de los mismos. Además, en general no tienen derecho a la pensión de viudedad los divorciados, con independencia de que tenga derecho a alimentos, ya que se produce entre ellos el denominado trasvase de cuotas, el cual consiste en repartir equitativamente por partes iguales entre ambos cónyuges el importe de la pensión que correspondería por las cotizaciones afectadas durante el tiempo vivido en matrimonio. No sólo se reparten los importes de las pensiones, sino que los periodos de cotización les sirven a ambos cónyuges para cubrir el periodo de cotización general que se exige para tener derecho a las distintas pensiones de jubilación.

¹⁰⁷ En esta línea, Vid. Pacto Iberoamericano por la igualdad entre hombres y mujeres en los sistemas de seguridad social, firmado el 8 de septiembre de 2016 por ministros y ministras y OISS en encuentro regional promovido por la OISS.

decir, habrá que reconocerles siempre derechos propios partiendo de su carencia de rentas y de su aportación a la sociedad a través del cuidado de sus hijos o familiares. En definitiva, fuera de la protección contributiva, constituyendo prestaciones de corte asistencial concedidas de acuerdos con sus propias situaciones, pero dentro del ámbito de la Seguridad Social. Si bien se trataría de garantizar derechos subjetivos a toda la población, en la práctica las que quedarían protegidas por este tipo de ayudas serían las mujeres, dado que suelen ser las que presentan un mayor número de situaciones en las que no obtienen rentas adecuadas para asumir su subsistencia.

Obviamente cualquiera de estas modificaciones implicaría la desaparición de la pensión de viudedad tal y como se conoce hoy en día, pero, en ningún caso, la desprotección de este colectivo ahora atendido por dicho beneficio, dado que se pasaría a concederles otros beneficios vinculados a sus propias características y no a sus relaciones conyugales o de convivencia. En todo caso, solo parece adecuado llevar a cabo esta reforma en relación a las mujeres menores de 50 años, dado que las mayores de esta edad han vivido en otra realidad social, donde los roles de la familia estaban preestablecidos y hay razones para defender que se mantenga su atención en el sentido esperado por las propias beneficiarias. Dicho en otras palabras, las mujeres con cierta edad viven con una idea preestablecida por la que entienden que, si fallecen sus cónyuges, podrán sobrevivir de acuerdo con su derecho a la pensión de viudedad, y no parece que sea adecuado cambiar esta expectativa. Diferente son las mujeres más jóvenes, que pueden asumir y comprender el cambio del panorama, que se entiende más adecuado a sus estados de necesidad.

3.4. Las necesidades especiales de los progenitores solos con hijos

Para finalizar este punto es importante introducir una matización. Hasta el momento se ha tratado el tema exclusivamente desde el punto de vista de la protección de la viudedad, pero no se puede olvidar la realidad de los progenitores que quedan solos a cargo de sus hijos al fallecimiento del otro.

En el derecho español se concede la pensión de orfandad a los hijos del causante, sin necesidad de demostrar la dependencia económica hasta los 21 años. Basta con que exista la filiación¹⁰⁸, dado que los padres tienen obligación de mantenerles con independencia de cualquier otra circunstancia. Igualmente, no se demanda la prueba de la convivencia, dado que en el supuesto de que no vivan en el mismo hogar, el progenitor continuará obligado a cumplir con su deber de alimentos¹⁰⁹. En el caso de los mayores de esta edad hasta los 25 años se exige, además, la demostración del estado de necesidad¹¹⁰, mediante la prueba de no percibir rentas de trabajo superiores al 100% SMI anualmente. No obstante, se incluye una excepción: se presume que los hijos incapacitados para el trabajo continúan dependiendo económicamente de sus progenitores, de forma que, con independencia de su edad, si los padres fallecen, necesitarán rentas de sustitución.

Hay que poner de manifiesto que, en todo caso, se precisa que el padre fallecido cumple los requisitos para causar la pensión. Por otro lado, las cuantías mínimas de las pensiones de orfandad (un 20% de la base reguladora) son en exceso reducidas como para poder mantener el derecho fundamental a la educación que se recoge en la Constitución, lo

¹⁰⁸ De acuerdo con el art. 39 CE hay que tratar de igual manera a los hijos naturales que a los adoptados. En sentido contrario, no se reconoce el derecho a la pensión a los menores en acogimiento permanente, puesto que no están incluidos en el concepto de filiación [STS de 3 de noviembre de 2004 (RJ 2004, 8008)]. Tampoco es posible conceder el beneficio en relaciones distintas a la filiación, por ejemplo a un nieto, aunque hubiese vivido con su abuelo desde que nació, sin acogimiento, cuando continúa vivo un progenitor al que no se le han exigido alimentos [STSJ de Cataluña de 11 de octubre de 2014 (AS 2013, 3065)].

¹⁰⁹ Por extensión se concede el derecho también a los hijos de los cónyuges o parejas de hecho del causante (siempre que cumplan los requisitos señalados de estabilidad antes descritos). En este caso, se les demanda, además, que desde la celebración del matrimonio entre el causante y el progenitor haya transcurrido un lapso de tiempo de, al menos, 2 años con el objeto de evitar el fraude que se buscaría a través de la celebración del matrimonio con el objeto de causar la prestación de orfandad. Igualmente se les exige la prueba de la convivencia y de la dependencia económica del causante, dado que en este caso no se prueba directamente, puesto que no existe entre las partes obligación de alimentos. Por último, se demanda que el posible beneficiario no tenga derecho a otra pensión de la Seguridad Social, ni queden familiares con obligación de prestarles alimentos de acuerdo con la legislación civil. En cualquier caso, una vez probada la dependencia económica del causante, parece que debería otorgarse automáticamente la prestación, ya que habrá que presumir que no existe otra persona dispuesta a cumplir la obligación de alimentos. Además, quedará comprobado que no hay ánimo de fraude.

¹¹⁰ Es posible extender el derecho a la pensión una vez cumplidos los 25 años, hasta el día primero del mes inmediato posterior al del inicio del siguiente año académico, en el caso que continúen con sus estudios; en este período se demanda la carencia de rentas.

que puede llevar a generar un impedimento para terminar sus estudios. De este modo, en cierto modo en ocasiones la pensión de viudedad que percibe el progenitor sobreviviente sirve como apoyo a los efectos de mantener a los hijos.

Si en el futuro la legislación prohíbe la compatibilidad entre pensión de viudedad y renta de trabajo, el acceso a prestaciones propias puede ser insuficiente para mantener económicamente el hogar; pero, incluso esta situación puede ser similar cuando el progenitor deba mantener solo con sus rentas a sus familias, cuando hasta ese momento habían sido dos los sustentadores de ese núcleo. Es por esto que en este contexto parece que la única solución es reconocer pensiones de orfandad

económicamente suficientes para el sostenimiento de los hijos, lo cual hay razones para defender como factible en el supuesto que no sea preciso abonar el porcentaje señalado para la pensión de viudedad y se pueda dedicar a proteger a los hijos.

Una solución a esta cuestión, puede ser el reconocimiento de prestaciones al grupo familiar. Así, en Paraguay se concede este derecho a la muerte de uno de los progenitores, cuando la familia está formada por el cónyuge o pareja de hecho, en concurrencia con los hijos menores o discapacitados¹¹¹. De este modo, se puede cubrir las necesidades de los hijos adecuadamente, aunque en este caso se echa de menos que solo se conceda a los hijos menores.

¹¹¹ Sobre esta cuestión puede consultarse, ROYG ARANDA, H., "La Seguridad Social en el Paraguay: avances y perspectivas" en *Libro de la celebración del 60 aniversario de la OISS*.

5 LA PROTECCIÓN A LA FAMILIA DESDE UNA PERSPECTIVA DE GÉNERO

FAMILY PROTECTION IN A GENDER PERSPECTIVE

María Gema Quintero Lima. Universidad Carlos III de Madrid

mariagema.quintero@uc3m.es

Resumen: La protección a la familia desde los sistemas contributivos de Seguridad Social parte de la consideración de la esposa e hijos como cargas familiares del trabajador varón. De forma que desde una perspectiva de género, la protección misma adolece de carencias esenciales, al tiempo que otorga una protección inequitativa. La exigencia de carencia de rentas, como presupuesto para acceder prestaciones familiares asistenciales, tampoco reduce los efectos ligados al género, sino que feminiza ciertas situaciones de riesgo de exclusión social respecto de familias con bajos salarios/bajos ingresos. Se hace preciso un rediseño coherente de los esquemas de protección a la familia, ahora que los modelos mutan, y el rol de las mujeres también ha cambiado en el mundo del trabajo.

Palabras clave: Familia-Seguridad Social-Prestación-Mujeres-Género

Abstract: Family protection in social security systems is based on the consideration of a wife and children as male breadwinner worker's family responsibilities. Thus, from a gender perspective, protection itself suffers from essential deficiencies, while granting unequal protection. The requirement of lack of income, as a condition to access family assistance, does not reduce the effects of gender, but in contrast feminizes certain situations of risk of social exclusion in low-income / low-work activity families. A coherent redesign of family protection schemes is needed now that models change, and the role of women has also changed in the world of work.

Keywords: Family-Social Security-Allowance-Women-Gender.

SUMARIO: 1. (PRIUS) La protección de la familia como rama-riesgo susceptible de protección: el debate de entreguerras. 2. La protección a la familia en la historia de la seguridad social española. 3. La protección de la familia hoy. rectius: protección de los hogares pobres. 4. ¿A qué familia proteger?, ¿de qué?, ¿cómo? 5. ¿Es posible la protección de la familia desde una neutralidad de género? es plausible: el ejemplo francés. 6. Algunas consideraciones finales. 7. Bibliografía

1. (PRIUS) LAS PRESTACIONES FAMILIARES COMO RAMA-RIESGO SUSCEPTIBLE DE PROTECCIÓN: EL DEBATE DE ENTREGUERRAS

Con carácter previo a cualquier análisis histórico referido a la Familia y a su protección por el Derecho Social y por la Seguridad Social, de modo más concreto, es preciso reconocer que, antropológicamente, la familia ha sido el núcleo de protección humano primigenio.

Y quizás por eso, por constituir una realidad antropológico-social y después también de relevancia económica), que por esencia o por derivación ha venido otorgando protección y seguridad —omnicomprensivamente— al individuo, ha acabado convirtiéndose en sí misma en un objeto de protección.

No corresponde a este trabajo analizar el origen de la familia¹², ni hacer un análisis historicista de su aparición, denominación, conformación o funcionalidad. Pero no puede dejarse de preguntarse la ra-

zón por la que, en los sistemas jurídicos de Seguridad Social, la familia haya sido objeto de protección cuasi-generalizada.

En principio, todos los sistemas nacen para proteger al individuo/ trabajador de las diversas contingencias de su existencia, estuvieran o no directamente ligadas a su trabajo. Y en ese primer diseño no resulta obvio si ha de quedar protegida la familia ni, si es el caso, el porqué de su protección. Algo que pivotaría en último término, sobre cuál haya de ser la consideración otorgada por el Estado a la Familia, atendiendo a si la función de la familia guarda o no relación con el Estado mismo, si es *Res Publica* o *Res Privata*, y, por ende, ha de ser protegido por éste. Así, en las estructuras decimonónicas en las que la Familia se considera núcleo esencial primario de organización social, es habitual encontrar formas originarias de protección de la institución familiar, con mayor o menor protagonismo de ciertos individuos de las familias.

En efecto, en los primeros diseños jurídico-teóricos de los sistemas nacionales de Seguridad Social recurrentemente hubo un cuestionamiento de si procedía o no proteger a la Familia bajo el mismo esquema asegurativo con el que se protegía a los trabajadores de otras contingencias/riesgos sociales.

En todo caso, en este primer debate, había una enfoque subjetivo-individualista de la protección: se protegería al trabajador como consecuencia de sus circunstancias personales-familiares. Que dista mucho de las líneas posteriores y más modernas de reflexión acerca de la protección a la familia, en la que la familia en sí misma sería el objeto último a proteger, por más que se pueda conseguir esa finalidad a través de sus miembros individualmente considerados.

Pues bien, en ese debate primero, no quedaba claro si tener familia era un riesgo en sentido estricto, e incardinable en la forma de seguro social, de tal modo que sería una situación de necesidad susceptible de ser protegida por un eventual sistema de seguridad social. ¿Qué riesgo había en la existencia de una situación familiar? ¿el matrimonio

era un riesgo? ¿el nacimiento de un hijo, de varios, de muchos? ¿lo relevante es que los familiares del trabajador sean efectivamente una carga? ¿Cuál ha de ser el papel del empresario?

En el marco del pensamiento socio-cristiano, surge la idea del salario familiar, que tenga un efecto indemnizatorio de las cargas familiares, y que se sustancie en sede empresarial¹¹³. Esa primera llamada moralista lleva a la necesidad de publicar la protección de la familia, como alternativa a la necesidad de que en las empresas hubieran de negociarse niveles salariales distintos atendiendo a las cargas familiares que tuviera un trabajador. En la medida en que esas prestaciones familiares (en sentido impropio) se sumasen al producto del trabajo y pasaran a constituir ingresos familiares. Serían un salario suplementario del trabajador varón que si bien parece que acomete la función de perpetuar a la clase trabajadora (en una visión puramente marxista), en realidad responde a la idea de un salario justo: la remuneración ha de ser función del rendimiento personal del trabajador, pero tomando en consideración la existencia de necesidades familiares¹¹⁴. Ya entonces, en ese debate, hubo voces que mantenían que esta opción conceptual podía desincentivar la contratación de trabajadores con cargas, y especialmente podía eliminar del mercado a potenciales mujeres trabajadoras que, cuando se convierten en madres, se dedicarían con preferencia al cuidado del hogar. En consecuencia, es el Estado el que ha de acometer la protección de la Familia no el empresario en una visión paternalista.

En este contexto se entiende que las prestaciones han de ser destinadas a satisfacer necesidades de los hijos, no del cabeza de familia, de forma que este ha de mantener su actividad profesional (lo que justifica el anclaje contributivo de las prestaciones familiares), la cuantía ha de ser estándar y suficiente, pero no proporcional al salario, para poder dejar un margen a la responsabilidad parental, de suerte que esa cuantía haya de ser inferior a la carga que supone cada hijo. Además, ha de ser una protección progresiva atendiendo al número de hijos (para proteger eficazmente a las familias numerosas), y debería complementarse con acciones desde los sistemas fiscales-impositivos¹¹⁵.

¹¹² MARX, K. Y ENGELS, F. El origen de la familia, la propiedad privada y el estado. Madrid, Diario Público, 2010.

¹¹³ VENTURI, A. *Los fundamentos científicos de la Seguridad Social*. Madrid: MTSS, 1995, p. 306 y ss.

¹¹⁴ NETTER, F. *La sécurité sociale et ses principes* Paris. Sirey, 1956, p 148.

¹¹⁵ Esa es una síntesis de la clarividencia técnica de algunos de los teóricos que diseñaron el sistema francés de Seguridad Social (véase, NETTER, F. *La sécurité sociale et ses principes* Paris. Sirey, 1956, p 151 y ss.)

En ese debate, salvo algunas excepciones, el sujeto individualmente considerado de protección, era un trabajador varón, cabeza de familia. Óptica patriarcal que, por otra parte, es la que rige mayoritariamente en la conformación de todos los sistemas jurídicos modernos. Ese cabeza de familia, trabajador varón, se erigía como centro de imputación de los incipientes sistemas de seguros sociales en los casos de accidente, o enfermedad, o desempleo o vejez. Estas contingencias resultaban imprevisibles y/o involuntarias, y se concretaban en una situación desfavorable e indeseable (enfermedad, invalidez, pérdida del empleo, de capacidades físico-laborales ligadas a la edad) que conlleva una pérdida total o parcial de ingresos derivados del trabajo. De este modo, operaba una lógica previsora de colectivización del riesgo y cuando se actualiza una contingencia al trabajador asegurado se le otorga una prestación sustitutiva de las rentas dejadas de percibir como consecuencia de la situación sobrevenida.

En la medida en que ese trabajador que sustentara económicamente a sus familiares (*bread winner*) sufriera una contingencia que le ocasionase la muerte, sus familiares supervivientes se convertían en protagonistas, por derivación¹¹⁶ de la protección asegurativa. Por derivación, puesto que su protección se ligaba a su condición de causahabientes del trabajador. Estas eran, en realidad, no prestaciones familiares sino prestaciones causadas por familiares.

En el marco, entonces, de este esquema predictor se insertaba el debate de si las situaciones familiares (tener cónyuge, hijos u otros familiares a cargo) podían asimilarse a las anteriores. Porque, aunque pudieran ser sobrevenidas, no se corresponden con la idea estricta de riesgo. Especialmente porque son previsibles y no tienen esas connotaciones de patología indeseable, sino que son eventos positivos y voluntarios.

A pesar de esas diferencias, la óptica empleada atendía no tanto al origen sino a su consecuencia: la de ser situaciones que implicarían un incremento de gastos, y por lo tanto una disminución de la renta

inicial disponible del trabajador, a la que habían de contribuir la colectividad, en un ejercicio de colectivización de las consecuencias negativas del hecho individual. De este modo, junto a las contingencias patológicas, las situaciones familiares sobrevenidas quedaron equiparados a los riesgos asegurados clásicos, como manifestación de un cierto principio de globalidad sobre el que sustentaba el Derecho Humano a la Seguridad Social¹¹⁷, más allá de consideraciones de mera beneficencia/ protección de clase obrera, y que entroncaba con el principio de solidaridad y de igualdad material. Al que habría que añadir el valor social de la Familia como elemento de riqueza nacional

En una dirección contraria, sin embargo, hubo reflexiones contradictorias. Que se concretaban en consideraciones más puristas sobre las funciones de los miembros de la familia, el rol del Estado y del Derecho civil de Familia, que enervarían, la posibilidad de insertar a las realidades de la familia como situación a proteger¹¹⁸. Porque la familia es un asunto privado, responsabilidad única de los individuos. Y el Estado se ha de limitar a reglar las obligaciones y derechos del Derecho de Familia.

Ya desde el debate inicial, desde la perspectiva de género se observa como la esposa-mujer era considerada presuntamente —*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, como carga presunta, hasta que alcanzaban la edad legal de trabajar.

Paradójicamente, junto a esa perspectiva, en algunos países el elenco de prestaciones familiares también incorpora prestaciones en las que las mujeres en el hogar son las receptoras de prestaciones de Seguridad Social que suponen una contraprestación por su labor de cuidado de la familia (prestaciones por permanecer en el hogar familiar),

¹¹⁶ En este sentido sería conveniente llamar la atención sobre el hecho de que los mecanismos de previsión social más antiguo, considerados los antecedentes remotos de la seguridad, se encuentran los esquemas de cofradías, fraternidades y agrupaciones semejantes, en los que la colectividad se comprometía a sustentar a los familiares supervivientes en los casos de fallecimiento del cofrade (ampliado después a situaciones extremas de invalidez, por ejemplo).

¹¹⁷ VENTURI, A. *Los fundamentos científicos de la Seguridad Social*. Madrid: MTSS, 1995, p. 261 y ss.

¹¹⁸ Por todos, véanse, DURAND, P. La política contemporánea de seguridad social. Madrid: MTSS, 1991, p.719 y ss.

así como las ganancias dejadas de percibir (lucro cesante) como consecuencia de esas actividades de cuidado (prestaciones de cuidado)

En la regulación inicial se partía ahí de una consideración tradicional (la predominante en los sistemas políticos vigentes, en verdad) de un modelo de familia mayoritario en el contexto histórico en el que ser fraguaban los sistemas modernos de previsión social: aquel en el que la mujer tenía una función reproductiva y de cuidado (gestionaba el hogar y atendía al cuidado de los hijos) y solo muy excepcionalmente (en casos patológicos de viudedad o abandono) era trabajadora cabeza de familia. En este sentido, entonces, el debate sobre el carácter asegurable o no de las cargas familiares se resolvió por la vía de entender que el trabajador cabeza de familia sí habría de tener un incremento de gastos, y que eso sería asegurable a través de los esquemas asegurativos que ya protegían otros riesgos sociales.

Junto a esas presunciones, había algunas realidades en las que las cargas familiares se hacían más evidentes, y sin embargo se percibía como situaciones de necesidad a proteger solo excepcionalmente. En efecto, la presencia de las cargas familiares se hacía evidente cuando el cabeza de familia era una mujer trabajadora soltera con hijos naturales o una viuda con hijos. La falta de varón que asumiera las cargas, permitiría explicar el rol protector del sistema de seguridad social, si bien éste se resistía a diseñar una protección *ad hoc*.

Ya en esa consideración sociológico-jurídico habría mucho que decir en términos de género, pero sería incorrecto, además de improductivo, desde el punto de vista metodológico, porque entrañaría analizar el pasado con perspectivas contemporáneas. Entonces rigió una visión paternalista/patriarcal, que hoy no puede emplearse, pero sobre el que tampoco es posible emitir juicio crítico alguno.

En ese sentido, conviene hacer ahora una precisión terminológica: han de oponerse dos núcleos conceptuales que parecen similares, pero no lo son, a saber: versus prestaciones familiares. Este último concepto es más reduccionista, y solo res-

ponde a una de las posibles formas de protección a la familia, bajo la forma de un concreto tipo de prestaciones de los sistemas de Seguridad Social. Pero habría otras, desde otros ámbitos y esquemas jurídicos. Y si bien se va a hablar ocasionalmente de las prestaciones familiares, como una de las concreciones de la protección, interesa, para la óptica de género, una perspectiva más amplia.

2. LA PROTECCIÓN A LA FAMILIA EN LA HISTORIA DE LA SEGURIDAD SOCIAL ESPAÑOLA

La protección histórica a la familia en el Derecho de Previsión Social español¹¹⁹ y después del Derecho de la Seguridad español está íntimamente a cuál fuera el papel de la institución familiar en cada momento histórico; o, dicho de otro modo, se explica desde una visión marcadamente historicista. El rol existente/deseable en cada época histórico-política, predetermina la regulación que se haga de su protección.

Más aún, el rol asignado a las mujeres dentro de las instituciones familiares, explicaba bien en los distintos regímenes, el porqué de las distintas manifestaciones protectoras. Cuando en entreguerras en Europa central el debate orbitaba en torno al modo de incrementar la natalidad y proteger al mismo tiempo a las mujeres que habían debido incorporarse al mercado laboral en momentos de postguerra mundial, en España el movimiento falangista adoctrinaba a las mujeres sobre su esencial papel reproductor y de cuidado de los hijos y de estabilización de las familias¹²⁰.

Los subsidios familiares se configuraron en la Ley de 18 de julio de 1938, bajo una forma asegurativa que, aunque aparecía desvinculada del salario, reproducía el esquema protector del seguro de vejez y la protección contra los accidentes de trabajo, y venían a compensar cargas mediante prestaciones periódicas de cuantías uniformes, y completadas por un plus de natalidad y de nupcialidad. En la regulación de las Mutualidades laborales (Ley de Mutualidades de 6 de diciembre de 1941), junto a los anteriores, se incluyeron distintas prestaciones

¹¹⁹ Para mayor detalle, véanse, por todos, BLÁZQUEZ AGUDO, E. M. y BARRIOS BAUDOR, G.L. *Prestaciones familiares*. Cizur Menor, Thomson, 2009, pp. 25 y ss, y PANIZO ROBLES, J.A. "La nueva reordenación de las prestaciones familiares (a propósito del Real Decreto 1335/2005, de 11 de noviembre) (primera parte)" *Tribuna Social*, 2006, nº 181, pp.15 y ss.

¹²⁰ MEIL LANDWERLIN, "La política familiar española durante el franquismo", en *Revista Internacional de Sociología*, núm.11/1995

vinculadas al hecho familiar, que replicaban el esquema de los subsidios familiares, de formas que había subsidios de natalidad y de nupcialidad.

El Plus Familiar en desde 1946 reguló, en paralelo, un esquema previsional en el que se diseñó, en cada empresa, un sistema de socialización de las cargas familiares entre los distintos trabajadores, y que se sustenta financieramente por aportaciones del empresario. Rescata la idea del salario familiar, y se articula en torno a un fondo dotado por el empresario que se había de repartir entre los empleados atendiendo al número de puntos que generasen sus cargas familiares (esposa e hijos). El valor del punto se determinaba en cada empresa, según sectores y totales salariales, atendiendo al número total de cargas que atesorase la plantilla. Este esquema protector estaba concebido solo para los varones, favorecía a los trabajadores casados con hijos, y desincentivaba el trabajo femenino de las esposas, por cuanto las cuantías eran superiores si había esposa a cargo.

En 1963, la Ley de Bases de Seguridad Social de 27 de diciembre (en su base 11^a) dispuso las reglas sobre las que el legislador había de elaborar la Ley reguladora del SISTEMA de Seguridad Social, superando la multiplicidad, duplicidad e ineficacia de los esquemas de protección que habían ido naciendo sincopadamente y que se superponían aluvionalmente. Y tenía un doble objetivo: hacer permanecer a la mujer en el hogar (incrementando el salario familiar disponible sin que sea preciso que las esposas (re)ingresen en el mercado de trabajo) y, de otro lado, incrementar la natalidad.

A partir de Ley de Seguridad Social de 21 de abril de 1966, las prestaciones familiares quedaban diseñadas dentro del sistema de Seguridad Social¹²¹, junto a las demás contingencias, en una forma cuádruple¹²². Y si bien hay modalizaciones que parecen neutralizar el impacto de género, se mantienen ciertos requisitos de acceso y disfrute a las prestaciones que ahondan en la brecha de género.

Se prevén dos tipos de prestaciones de pago periódico (prestaciones por esposa (o esposo incapaz) y por hijo (que las viudas podían mantener solo mientras no se casaran de nuevo)), y prestaciones a tanto alzado en caso de matrimonio (a la que tenían derecho los dos cónyuges si los dos trabajaban) y nacimiento de hijo (a la que también tenía derecho la mujer madre de hijos naturales). Se trataba de prestaciones previstas para trabajadores varones, con las excepciones apuntadas.

Las cuantías de las prestaciones, en un periodo de expansión del sistema, se fueron actualizando para incrementar cuantías y hacer algunos ajustes de acomodo entre la edad mínima del contrato de trabajo y la consideración de carga de los descendientes del trabajador asegurado; así como alguna extensión de la protección respecto de mujeres cabeza de familia monoparental. En un contexto de evolución inicial de la Seguridad Social en España, fueron objeto de sucesivas extensiones, hasta 1985.

Las exigencias de la doctrina del Tribunal Constitucional en torno al artículo 14 de la Constitución Española (la igualdad ante la ley de todos los españoles y la prohibición de discriminación por razón de sexo), conllevaron una reordenación, entre otras, de las prestaciones familiares, en las que el género generaba disonancias discriminatorias recurrentes. Además, con el cambio de tendencia económica, se imponen las líneas reformistas en clave de racionalización, de suerte que las prestaciones familiares no pudieron quedar al margen de las modificaciones de constricción de la Ley 26/1985, de 31 de julio de Medidas Urgentes, que eliminó algunas de las prestaciones, de modo que solo dejó en vigor la prestación por hijo a cargo.

En esa línea, la ley 26/1990 de prestaciones no contributivas, terminó de clausurar una línea de reforma asistencialista de las prestaciones familiares. De tal manera que las prestaciones —económicas— familiares mutaron en no contributivas, suje-

¹²¹ Un esquema semejante se observa, con ciertas matizaciones en el **Artículo 4º del Reglamento de Código de Seguridad Social de la República de Bolivia, de 30 de septiembre de 1959**.- Así, las Asignaciones Familiares comprenden: El subsidio prefamiliar; El subsidio matrimonial; Los gastos de celebración del matrimonio civil; El subsidio de natalidad; El subsidio de lactancia; El subsidio familiar; y El subsidio de sepelio.

Las matizaciones se refieren, en primer lugar, a la terminología “jefe de familia”, así como a la preferencia por el varón cuando haya coincidencia de eventuales beneficiarios; salvo que se trate de esposa abandonada, en cuyo caso percibe la prestación ella directamente. Al trabajador soltero se le ayuda también para compensar los gastos de vivienda.

¹²² ALONSO OLEA, M. *Instituciones de Seguridad Social*, Madrid, Instituto de Estudios políticos, 1967, p. 173 y ss.

tas a umbral de recursos, y por lo tanto reservadas a aquellas familias en riesgo de exclusión social; en la vertiente contributiva sólo quedó como esquema protección una fórmula de cotizaciones ficticias.

En el año 2000 se creó algún tipo nuevo y en 2003 se reordenaron¹²³, y se creó alguna modalidad nueva, pero sin rupturas conceptuales. Solo en el año 2007, la Ley 35/2007, de 15 de noviembre, durante un trienio, introdujo un ensayo de protección universal, no asistencial y omnicomprensivo. Se trataba de la prestación económica por nacimiento de hijo, de cuantía estandarizada de 2500 euros, sin criterios de carencia de rentas, vulgarmente conocida como “cheque bebé”. La crisis económica llevó a su supresión en 2010.

En ese íter normativo que se presenta aquí de un modo sintético, se ha de destacar que la legislación española replicaba los esquemas continentales de régimen profesionales hasta 1985, y los esquemas asistenciales anglosajones desde 1990. En ellos, lo común es el otorgamiento de una prestación económica, a tanto alzado y/o de tracto periódico, de cuantías más o menos ajustadas a la real necesidad económica de la unidad familiar. En el sentido de que se concreta en cuantías de cierta consideración, y por lo tanto tienen incidencia en la mejora de la economía familiar, o, cuando se restringen subjetivamente y la cuantía es relativamente baja, sirven para elevar considerablemente en términos relativos, el umbral de ingresos de familias en situación de necesidad real. En ningún caso se trataba de prestaciones que tuvieran una finalidad concreta en las que se controlara el uso finalista¹²⁴.

De un modo inespecífico, además, junto a estos esquemas la Constitución española de 1978 supuso un punto de inflexión, al eliminar cualquier diferencia de regulación en las prestaciones por muerte y supervivencia en favor de familiares *amplio sensu* basada en el género (ex art. 14 CE).

Del mismo modo, entre los principios rectores, en la medida en que el artículo 39 CE se proyectaba, como mandato al legislador, la protección integral y multivectorial de la familia; se amplió el marco

posible de acción jurídica, económico-financiera, más allá de las meras prestaciones familiares del sistema de seguridad social. En ese marco, se explica de modo más evidente, la existencia, en ciertas prestaciones, de las que es paradigma el desempleo, de modulaciones protectoras, ligadas a la existencia de cargas familiares (los requisitos se aligeran, las cuantías se diferencian, atendiendo a la existencia de cargas familiares (art. 275-279 LGSS). Así mismo, se han diseñado prestaciones ligadas al hecho familiar directamente (paternidad, maternidad o riesgos durante embarazo y lactancia), y ciertas prestaciones en especie como la asistencia sanitaria y farmacéutica (hoy externalizadas del sistema de Seguridad Social) se hicieron extensivas a los familiares del trabajador, y de los pensionistas).

Pero, en sentido estricto, no hay un sistema único, completo y cerrado de la protección a la familia, sino distintas fórmulas inconexas de protección de realidades familiares, sin una finalidad homogénea.

3. LA PROTECCIÓN DE LA FAMILIA EN ESPAÑA HOY. *RECTIUS*; LA PROTECCIÓN DE LOS HOGARES POBRES

En la actual legislación básica vigente española (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 en adelante), la protección de la familia en su vertiente contributiva, se sustancia esencialmente en el capítulo XV del Título II al que se remite para el RETA el art. 318 LGSS. Con carácter previo, es preciso advertir de que en otros trabajos de esta obra ya se habrán de tratar con mayor detalle algunas de las prestaciones familiares aquí diseñadas, y otras que se mencionarán, por lo que sirva aquí solo realizar algunas consideraciones de índole general.

Pues bien, en ese Capítulo XV LGSS se prevén varios periodos de cotización ficticia asimilados: a) por parto de 112 días, (art 235 LGSS, pero con calendario de aplicación previsto en la Disposición

¹²³ Véase, BLAZQUEZ AGUDO, E.M. “El nuevo desarrollo de la regulación de las prestaciones familiares: principales modificaciones introducidas por el Real Decreto 1335/2006, de 11 de noviembre”. *Justicia Laboral: revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2006, nº 28, pp. 33-56.

¹²⁴ Como sucede en la asignación de lactancia (art 189º y ss.) o el ajuar del niño del subsidio de natalidad (art. 231º y ss.); prestaciones previstas en el Código de Seguridad Social de la República de Bolivia, de 1959.

Transitoria 14^a), b) por cuidado de hijos (236 LGSS) para los supuestos en que haya periodos de cotización interrumpidos en caso de extinción del contrato o finalización del cobro de prestaciones de desempleo, de 270 días por hijo, con el límite de 5 años, o c) por excedencias para cuidado de hijo/familiares (237 LGSS).

En el Capítulo X se incorpora una protección especial (art 190-192 LGSS) para los supuestos de reducción de jornada por tener un hijo enfermo de cáncer o enfermedad grave.

En estos casos, los instrumentos de protección se denominan “prestaciones familiares”, pero habría que aclarar que, en el nivel contributivo, en puridad NO SE OTORGAN PRESTACIONES; algo distinto es que se hayan articulado formas de protección a la familia, a través de otros instrumentos de protección, esencialmente el computo de cotizaciones ficticias.

En realidad, sin hacer desembolsos presentes, actuales, ligados a una realidad familiar concreta, se toman en consideración las situaciones laborales en las que el hecho familiar tiene incidencia. Y se les vinculan ficciones jurídicas, con proyección diferida: para pensiones de vejez e invalidez. En realidad, aquí no hay una protección pura, ni efectiva de la familia, sino una subsanación de situaciones de potencial agravio de las carreras de cotización, en la que se individualizan derechos para otorgar al sujeto protegido días suplementarios de cotización no efectiva.

No son desdeñables porque, aunque algunos no sirvieran para cubrir carencia (ex 236 LGSS), sí es verdad que recogen una cierta sensibilidad ante el hecho familiar que incide en la carrera de cotización. De esta forma, independientemente de que el hecho familiar no se considere incremento de gasto a efecto de vincularse una renta sustitutiva en forma de prestación familiar, sí se ha de considerar una compensación de disminución de ingresos en dife-

rido. No obstante, se trata de una suma de ficciones jurídicas que protegen a la mujer trabajadora de los efectos nocivos del mercado de trabajo y de las políticas ineficientes de conciliación y corresponsabilidad familiar, pero no son prestaciones familiares.

Además, en el Título IV (art 351 y ss. LGSS) se incorpora la regulación de las prestaciones familiares no contributivas. De tres tipos: a) asignación económica por hijo a cargo, b) pago único por nacimiento en determinadas situaciones, c) pago único por parto múltiple.

En este nivel no contributivo, junto a la no contributividad, hay un elemento esencial de ASISTENCIALIDAD, materializada en la exigencia como requisito de acceso de acreditación de la carencia de un cierto umbral de rentas¹²⁵ y la no percepción de cualquier otro tipo de prestación análoga. De suerte que la protección de la familia se ha traducido en una protección de familias pobres, o en la asistencialización máxima de la protección familiar de hogares paupérrimos. Algo obvio si se atiende también a las cuantías de las prestaciones¹²⁶.

En este esquema, sin que sea posible detenerse demasiado, se ha de llamar la atención sobre el hecho de que hay un límite de rentas, que actúa como elemento bifronte del disfrute de la prestación: sirve para acceder a las prestaciones y para mantenerlas; a lo que se une que se hace una consideración extensiva del concepto de renta (del trabajo, de capital mobiliario e inmobiliario), así como de la unidad familiar. En paralelo, en este tipo de prestaciones, no obstante lo anterior, hay dos elementos relevantes, que sirven para extender la protección: el género y la discapacidad propia del progenitor y del hijo¹²⁷.

Es cierto que ha habido una modesta adaptación del enfoque protector, para incorporar distintos modelos familiares. Pero lo esencial sigue siendo que se trata de prestaciones de baja cuantía y referidas a hogares con bajos ingresos, y por lo tanto

¹²⁵ Se exige no tener derecho a prestaciones de esta misma naturaleza en cualquier otro régimen público de protección social, así como no percibir ingresos anuales, de cualquier naturaleza, superiores a 11.576,83 euros. Dicha cuantía se incrementa en un 15% por cada hijo o menor acogido a cargo, a partir del segundo, incluido éste. Cuando se trate de familias numerosas, los ingresos anuales no serán superiores a 17.423,84 euros, en los supuestos en que concurren 3 hijos a cargo, incrementándose en 2.822,18 euros por cada hijo a cargo a partir del cuarto, incluido éste.

¹²⁶ La cuantía estándar es de 291,00 euros anuales (24,25 euros mensuales); 250,00 euros trimestrales si el menor tiene una discapacidad superior al 33%; 368,90 euros mensuales con una discapacidad superior al 65%, o 553,40 euros mensuales para grados superiores al 75%.

¹²⁷ No se exige límite de ingresos para el reconocimiento de la condición de beneficiario de la asignación por hijo o menor acogido a cargo con discapacidad.

quedaría fuera de la protección un conjunto relevante de familias.

Bien es cierto que, en paralelo, desde la asistencia social y los servicios sociales de entidades locales y las Comunidades Autónomas, se ofrecen mecanismos de protección. Así como desde el sistema tributario hay algunas manifestaciones más de consideración del hecho familiar, en la determinación de cantidades exentas.

4. ¿A QUÉ FAMILIA PROTEGER?, ¿DE QUÉ?, ¿CÓMO?

En España, desde finales de los años 70, con la conformación del Estado Social y Democrático de Derecho contenido en la Constitución española de 1978, ha habido una cuasi-revolución sociológica en términos de "familia". La familia que habría venido siendo la mayoritaria y visible durante casi 40 años, que se correspondía con el modelo de familia propugnado por el poder político de la postguerra, en la década de los 70 y en los 80 y 90 se ha transformado, y se habla hoy de la *familia post-tradicional*¹²⁸. Fenómeno/concepto que se podría resumir en que una pluralidad y desestandarización de tipos de familia y de trayectorias familiares, se ha producido una reestructuración de los roles familiares y sociales por género. Todo especialmente a partir de la nueva hegemonía del individualismo (y por ende de la individualización de proyectos de vida femeninos)

Es decir, la *biografía de elección* femenina ha tenido impacto en la familia, en la medida en que las mujeres ya no han de terminar su relación laboral para casarse, procrear y cuidar a los hijos y al esposo. Por el contrario, con carácter general, se va incorporando a su biografía el desarrollo profesional, a medida que evolucionan las posibilidades educativas. Y la vertiente familiar-marital, deviene secundaria y subordinada a la faceta primordial de la faceta laboral. Y tanto más la faceta maternal, como indica la ratio de mujeres por hijo, y la edad media de la mujer cuando se produce el nacimiento del primer hijo.

Inherentemente a lo anterior, la mujer ha dejado de significar una carga económica, la correspon-

bilidad se erige como patrón de relación entre los miembros de la pareja, al menos en la teoría, y la independencia económica de los cónyuges se presupone. *De facto*, sin embargo, sigue presente un reparto de roles dentro del hogar familiar. Esencialmente en lo referido a las tareas de cuidado de los hijos menores.

En efecto, en España parece que sigue presente la segregación de género a partir de la familia. Matrimonio y convivencia se han disociado, pero la maternidad sigue siendo algo eminentemente femenino. Eso ligado a un hecho socio-económico, como es la brecha salarial, hace que sigue siendo habitual que la maternidad tenga impacto en las carreras profesionales: cuando las parejas (unidas o no por vínculo matrimonial) se expanden al tener descendencia, han de llevar a cabo un análisis en términos de coste oportunidad sobre cómo organizar el cuidado de los hijos. Atendiendo a cuáles sean los servicios públicos de cuidado posibles (si hay escuelas infantiles u organismos análogos, si la oferta privada es accesible, disponibilidad, cercanía, coste, fiabilidad y competencia, como criterios de selección), y cual sea el nivel de ingresos de los progenitores, las unidades familiares deciden descentralizar el cuidado de los menores o, por el contrario, asignar a uno de los progenitores a dicho cuidado. Y estadísticamente son mujeres las que asumen el rol de cuidado. Especialmente en ciertas áreas geográficas, en ciertas cohortes de edad y sectores económicos de origen profesional.

Así, desde 1999 (desde la Ley 39/1999 como paradigma) las reformas laborales han tratado de facilitar la conciliación de la vida laboral y familiar, pero lo han hecho involuntariamente en clave de género, en una primera etapa. Se introdujeron reformas ligadas a la organización flexible del tiempo de trabajo y a excedencias, cuyo objetivo era el de proteger el hecho familiar como realidad colindante al trabajo. Pero se provocó el efecto adverso, el de empujar a las madres trabajadoras a una zona de relativo confort para el cuidado de los hijos, pero que perjudicaba su empleabilidad en el medio y largo plazo.

De ahí que, en 2007, en una segunda etapa, la Ley Orgánica 3/2007, para la igualdad efectiva entre hombres y mujeres tuviera, entre otros, y no

¹²⁸ Véase, BARAÑANO CID, M. Y DE A PAZ, J. "Pluralización y modernidad de los hogares y las formas familiares: hacia la familia post-tradicional" en GONZALZ ORTEGA, S. (Coord.) *Seguridad Social y Familia*. Madrid: La Ley, 1999, p. 1-54

siempre declarado, el objetivo de neutralizar las consecuencias socio-jurídicas de una regulación laboral muy interesante en clave de conciliación, pero que se había teñido con tintes de género, a la vista de los datos de trabajadoras que hacían uso de derechos de reducción de jornada, o excedencias por cuidado de hijos, familiares o voluntarias. Después de 2007 ha habido muchos intentos de diseño neutro de los derechos subjetivos ligados al hecho familiar, ya no tanto a la maternidad. Pero la crisis económica que ha afectado al mercado al mercado de trabajo español, ha frenado la vis expansiva de esos efectos correctivos, tanto por reducir el número de empleados, cuanto por el incremento de situaciones de renuncia de derechos.

Concomitantemente, hay una situación familiar que se ha normalizado en términos sociológicos, y que hace referencia a la monoparentalidad, sobrevenida o inicial, voluntaria o involuntaria.

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).

Esa consideración dual guardaba una relación directa con la consideración del rol esencial del matrimonio como institución en la que se ha de imbricar la filiación. De esta manera, las instituciones jurídicas de protección se ligaban al estado civil de la madre. En la actualidad, lejanas esas ideologías de trasfondo, la monoparentalidad sigue siendo una realidad sin apenas definición jurídica. Y se trata de una realidad con perfil de género.

En un estadio de evolución convulsa de la idea misma de familia, no queda claro a qué familia se ha de proteger. Ni de qué ha de ser protegida: ¿de la pobreza, de la extinción, de la falta de cuidados disponibles, públicos o privados? En consecuencia, tampoco hay claridad sobre el cómo protegerla para evitar efectos colaterales, como sucedía con los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar, en los que, desde la perspectiva de Seguridad Social, se han incrementado las cotizaciones a tiempo parcial de mujeres, la sucesión de periodos de cotización fragmentados como consecuencia de interrupciones (suspensiones) de la cotización, o como consecuencia de la concatenación de contratos temporales.

Por último, la protección que en la actualidad haya de proporcionar el Estado a la Familia, a través de prestaciones familiares, servicios sociales u otro tipo de prestaciones o intervenciones, será función directa del modelo de Estado de Bienestar que se encuentre vigente, y que ejerciten los Gobiernos sucesivos, y/o de los recursos públicos disponibles, eminentemente.

5. ¿ES POSIBLE LA PROTECCIÓN DE LA FAMILIA DESDE UNA NEUTRALIDAD DE GÉNERO? ES PLAUSIBLE: EL EJEMPLO FRANCÉS

En ese esquema, si bien la protección a la Familia en España en sus formulaciones jurídico-legales no tienen ya apenas referencias al género, *de facto*, acaba siendo un esquema de protección de familias que conforman un hogar pobre., con o sin cabeza de familia varón, pero seguramente con progenitora cabeza de familia en situación de vulnerabilidad laboral y social por efecto.

Pero en las 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 estatus 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 esquemas de protección neutros 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. Pero más allá, para proteger a la familia, como objetivo principal, y sin ses-

go 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 hijos¹²⁹. Y en ese diseño, el hecho de exigir prueba de recursos no es algo necesariamente neutro.

Como tampoco es neutro que se decida otorgar una cuantía uniforme o que se fijen cuantías ligadas al salario de los beneficiarios. 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 (algo sobre lo que no se entra dado que en esta obra ya hay un trabajo dedicado a esta cuestión). Y los esquemas asistenciales de cuantía uniforme se dirigirán mayoritariamente a favorecer a familias monoparentales o familias biparentales pero de bajos ingresos/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 empleabilidad de las mujeres en especial situación de vulnerabilidad.

A falta de un modelo de protección español solvente hoy, el Derecho francés puede ofrecer una cierta —llamémosla— inspiración legislativa.

En el Sistema de Seguridad Social francés, nacido en la postguerra de la II Guerra Mundial (1945), la Rama Familia convive con las otras dos ramas que conforman el esquema sistémico: las pensiones (protección de los riesgos de vejez/invalidez/muerte) y la protección por accidente de trabajo y enfermedades profesionales. Y en ese esquema resulta remarcable el hecho de que haya una entidad gestora específica (Caisse d'Allocations Familiales, CAF), lo que pone de manifiesto la importancia de la protección a la familia¹³⁰.

No obstante, habría que contextualizar esa realidad jurídica, porque esa la propia situación de la

postguerra de los años 40 (multiplicación de supervivientes causahabientes de soldados fallecidos en el conflicto, inserción masiva de las mujeres al mercado de trabajo y necesidad de promocionar la natalidad como mecanismo de recuperación social) la que legitima la existencia de esa tercera Rama.

Y lo sigue justificando la consideración de la Familia como elemento esencial de la República, junto al desarrollo del individuo. De ahí que las consideraciones en torno al papel de la mujer no coincidan plenamente con ese periodo histórico en España, ni ahora haya modelos de protección semejantes.

Hoy la protección en el sistema francés, tiene dos vertientes:

a) Proteger a las familias, en orden esencialmente a conciliar la vida laboral y familiar.

De ahí que haya prestaciones genéricas, solo condicionadas por el hecho de tener hijos menores, que se modulan en la cuantía, pero no en el acceso atendiendo a ingresos; algo novedosos desde 2015, como consecuencia de la reforma financiera general del sistema). Hay modalizaciones de esa prestación atendiendo a la edad del hijo (mayor de 14, a la situación familiar de los progenitores (monoparentalidad y nivel de ingresos), a la existencia o no de discapacidades presentes. Cumulativamente hay prestaciones puntuables con objetivos más concretos (vuelta al cole), ayuda a progenitores que no reciben la pensión de alimentos del otro progenitor (CAF otorga una prestación de sustitución y litiga contra el incumplidor de la obligación de alimentos, al que repite las cuantías entregadas a cuenta entre tanto). Más allá, hay prestaciones con objetivos ligados a la educación y la formación, a las vacaciones, o al bienestar familiar general, , como son las ayudas al alojamiento de la familia o incluso de los estudiantes que han de cursar estudios superiores fuera de su localidad.

b) Realizar esa protección en clave de solidaridad haciendo hincapié en los hogares más vulnerables. Se produce una especial protección a través de rentas mínimas cuando hay cargas familiares.

¹²⁹ Ofrece un análisis sugerente de las distintas posibilidades el ejemplo que ha ofrecido los Países de Europa Central y Oriental, en sus proceso 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, nº 3, pp. 283-310.

¹³⁰ Las Cajas de compensación Chilenas también aglutinan la gestión de asistencias familiares de distinto orden (contributivo/asistencial).

En paralelo se gestionan ciertos servicios sociales, en colaboración con corporaciones locales y otros sujetos de base asociativa o empresarial.

Resultan interesante los planteamientos más generales de orden político-legislativos: no hay restricciones en la protección atendiendo a consideraciones sospechosas de fraude, sino que hay políticas antifraude *ad hoc*, referidas a las prestaciones familiares. Esto entraña la asignación de recursos de inspección y control de las situaciones familiares efectivas. Esa es una alternativa coherente a otra regla de restricción del gasto, que se basaría en el establecimiento de criterios estrictos de cómputo de volumen de ingresos/ niveles de renta (*versus* generalización de mecanismos de comprobación de las situaciones reales de necesidad), en la oferta de pocas prestaciones (*versus* prestaciones finalistas y protectoras de situaciones familiares genéricas/ específicas), en la universalización de la protección, si bien con distintas fuentes de financiación según la lógica asistencia, o en el diseño de un régimen de incompatibilidad entre prestaciones que pueden tener bienes jurídicos protegidos diferenciados (*versus* compatibilidad de prestaciones con distintas finalidades protectoras desde distintos ángulos) o no, por poner algunos ejemplos.

6. ALGUNAS CONSIDERACIONES FINALES

La protección a la familia en el Derecho español ha venido teniendo consideraciones de género. Porque se protegió en el origen al varón trabajador que tenía “cargas familiares”, como un riesgo laboral más. Y cuando se ha deslaboralizado la protección de la familia, para sacarla de una órbita eminentemente contributiva, y conducirla a lógicas asistenciales, la protección se ha reducido cuantitativa y cualitativamente, y son las madres, mujeres trabajadoras o no, las que devienen sujetos beneficiarios; porque aún se produce una brecha esencial entre los recursos materiales disponibles para hombres y mujeres.

Y 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 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 (el complemento a la pensión de vejez es paradigmático). Pero también respecto de aquellas mujeres que, después de procrear y desarrollar labores de cuidado durante periodos prolongados, nunca han podido retomar esa carrera de seguro, o lo han hecho en condiciones de desventaja (subempleo, empleo sumergido, sectores deprimidos etc.)

Dejando a salvo algunas formas municipales y autonómicas, la protección de la familia a través de distintos tipos de servicios de atención a la infancia es una carencia obvia aun en España; tanto más agravada cuantos menores sean los recursos familiares disponibles.

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.

Y quizás, en un momento en el que las Empresas han de devenir Socialmente Responsables, podrían incluir objetivos protectores, indiferenciados del género, entre sus acciones corporativas. O dicho de un modo más concreto, la Responsabilidad Social Corporativa, podría encontrar un nuevo nicho de acción Responsable, en la protección de sus trabajadores, y de sus familias, como efecto o como objeto primero.

7. BIBLIOGRAFÍA

ALONSO OLEA, M. *Instituciones de Seguridad Social*, Madrid, Instituto de Estudios políticos, 1967, 285.

BARAÑANO CID, M. y DE A PAZ, J. “Pluralización y odenodad de los hogares y las formas familiares: hacia la familia postradicional” en GONZALEZ ORTEGA, S. (Coord.) *Seguridad Social y Familia*. Madrid, La Ley, 1999, p. 1-54

BLÁZQUEZ AGUDO, E. M. y BARRIOS BAUDOR, G.L. *Prestaciones familiares*. Cizur Menor, Thomson, 2009, 499 p.

BLÁZQUEZ AGUDO, E.M. “El nuevo desarrollo de la regulación de las prestaciones familiares: principales modificaciones introducidas por el Real Decreto 1335/2006, de 11 de noviembre”. *Justicia Laboral: revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 2006, nº 28, pp. 33-56.

DURAND, P. *La política contemporánea de seguridad social*. Madrid: MTSS, 1991,

MARX, K. y ENGELS, F. *El origen de la familia, la propiedad privada y el estado*. Madrid, Diario público, 2010.

MEIL LANDWERLIN, "La política familiar española durante el franquismo", en *Revista Internacional de Sociología*, núm.11/1995.

NETTER, F. *La sécurité sociale et ses principes*. Paris. Sirey, 1956, 415 p.

PANIZO ROBLES, J.A. "La nueva reordenación de las prestaciones familiares (a propósito del Real Decreto 1335/2005, de 11 de noviembre) (primera parte)" *Tribuna Social*, 2006, nº 181, pp. 13-33.

PANIZO ROBLES, J.A. "la nueva reordenación de las prestaciones familiares (a propósito del Real Decreto 1335/2005, de 11 de noviembre) (segunda parte)" *Tribuna Social*, 2006, nº 182, pp. 11-20

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, nº 3, pp. 283-310.

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*, 2006, Nº 84, p. 45-83.

VENTURI, A. *Los fundamentos científicos de la Seguridad Social*. Madrid: MTSS, 1995.

6 ■ POLÍTICAS DE EMPLEO Y ENFOQUE DE GÉNERO¹³¹

■ EMPLOYMENT POLICIES AND GENDER PERSPECTIVE

*Daniel Pérez del Prado. Profesor Ayudante Doctor (acreditado Profesor Titular)
Universidad Carlos III de Madrid
ORCID: 0000-0001-7106-6769*

daniel.perez.delprado@uc3m.es

Resumen: Sin lugar a dudas, la última crisis económica se ha dejado notar de forma muy significativa en los mercados de trabajo de buen parte de los países del mundo. Mientras el desempleo crecía de forma alarmante, especialmente en las economías más desarrolladas, los gobiernos trataron de encontrar soluciones para este importante problema social, especialmente en relación a aquellos colectivos que mayores dificultades de acceso al empleo presentaban. Entre estos grupos tradicionalmente ha ocupado un lugar central el de las mujeres.

Este capítulo se dedicará a analizar los efectos de esta crisis sobre la empleabilidad de las mujeres. En este sentido, se prestará especial atención a los diferentes instrumentos que desde el Derecho se ofrecen para luchar contra el paro y el modo en que son capaces de adaptarse a las especiales características del desempleo femenino. Veremos que estas herramientas están basadas en las principales explicaciones que desde la Economía se han dado al fenómeno del paro y que muestran una capacidad de adaptación muy diversa en relación a la particular posición de las mujeres en el mercado de trabajo.

Para alcanzar este objetivo, dividiremos el capítulo de la siguiente forma. Tras una breve introducción que se centrará en analizar el modo en que la crisis ha afectado al empleo de las mujeres en comparación con el resto de la sociedad, analizaremos las diversas políticas de empleo presentes en todos los ordenamientos jurídicos con el objetivo de crear empleo. En particular, se prestará especial atención al modo en que éstas se modulan para adaptarse a las concretas necesidades de las mujeres desempleadas. Tras ello, se analizará detenidamente el tipo de política de empleo que muestra una mayor capacidad de adaptación para resolver estos problemas. Finalmente se cerrará el trabajo con unas breves conclusiones.

Abstract: *One of the most important effects of the last financial crisis has been its impact on labour markets all over the world. Whereas unemployment rate rocked in most countries, governments tried to find solutions to this huge problem, especially for those groups with more difficulties. Traditionally, women have been one of the collectives who have received more attention.*

This chapter analyses the effects of the crisis on the employability of women. Additionally, it will pay attention to the different tools offered by the law in order to fight against unemployment and how they adapt to the special circumstances of unemployed women. These instruments are based on the diverse economic explanations to the unemployment phenomenon and show different capabilities in order to solve the employment problems of women after the downturn.

In order to address this issue, the article is divided as follows. After a brief introduction focused on the impact of the crisis on female unemployment compared to the rest of population, it will analyse the diverse employment policies offered by all legal systems which aims to create employment. It will pay attention to their adaptation to women's circumstances specifically. After that, it will analyse the tool which shows the greatest capability of adaptation to solve problems related to female unemployment. Finally, some conclusions will be given.

¹³¹ Este artículo forma parte del proyecto de investigación "Un derecho del trabajo para la recuperación: competitividad empresarial y cohesión social" (DER2015-64676-C2-2-P). Su contenido se basa en la ponencia que, bajo el mismo título se presentó en la jornada "La Seguridad Social desde la perspectiva de género", celebrada el 17 de octubre de 2016 en la Universidad Carlos III de Madrid.

Palabras clave: políticas de empleo, igualdad de género, mujeres.

Keywords: *employment policies, gender equality, women.*

SUMARIO: 1. Introducción: mujer y mercado de trabajo tras la Gran crisis. 2. Respuestas con perspectiva de género. 2.1. Herramientas desde las políticas de empleo. 2.2. La variable “género” en las políticas de empleo. 3. Especial referencia a las políticas instrumentales de empleo. 4. Conclusiones. 5. Bibliografía

1. INTRODUCCIÓN: MUJER Y MERCADO DE TRABAJO TRAS LA GRAN CRISIS

Dos años después del fin de la recesión, las secuelas de la Gran crisis¹³² aún se dejan sentir en la mayor parte de los Estados europeos. Entre los efectos más destacados está sin lugar a dudas el impacto sobre el mercado de trabajo y, en particular, el aumento del desempleo. Según los cálculos más optimistas a Europa les costará al menos siete años recuperar el nivel previo a la crisis¹³³. Para el caso particular de España, los cálculos van desde aquellos que consideran que alcanzaremos tal objetivo en 2026, a los más pesimistas que lo alargan hasta 2033¹³⁴.

El desempleo ha pasado así a ocupar un lugar central entre los problemas de las economías y sociedades occidentales. La persistencia del paro y su especial intensidad en determinados países como el nuestro, unido a las restricciones presupuestarias, ha propiciado que los esfuerzos se centren en aquellos colectivos que presentan especiales dificultades de acceso al empleo. Entre éstos destacan los jóvenes, especialmente los poco cualificados (los llamados “Ninis” o por sus siglas en inglés, NEETs)¹³⁵ y los parados de larga duración¹³⁶. Curiosamente, las mujeres, tradicionalmente también un colectivo de especial atención¹³⁷, han pasado a un segundo plano. La especial incidencia de la crisis en sectores altamente masculinizados como la construcción ha alterado su peso relativo en relación al conjunto de parados. No es que las mujeres no hayan sufrido también los efectos de la

crisis, pero la particular morfología de esta depresión económica ha terminado por eclipsar unas dificultades de acceso al mercado de trabajo que ni mucho menos se han disipado.

El Gráfico 1 muestra la evolución experimentada por las tasas de desempleo para las mujeres (línea discontinua) y los hombres (línea continua), tanto para el conjunto de la UE (líneas claras) como para España (líneas oscuras). En ambos casos la evolución es similar, se parte de una situación en la que las mujeres sufren el desempleo en mayor medida que los hombres. Con el inicio de la crisis, ésta se ceba con mayor intensidad en los varones, teniendo como resultado que, a pesar de que en ambos casos las tasas de desempleo crecen, la de éstos lo hace en mayor medida, de tal forma que convergen totalmente hacia mediados de 2009. A partir de ese momento, y durante toda la crisis, han permanecido bastante igualadas.

No obstante, las diferencias son también muy notables y más numerosas que las coincidencias. En primer lugar, de acuerdo con este indicador, el *gap* entre mujeres y hombres era, antes de la crisis, más elevado para España que para la UE. Al comienzo de 2006, había entorno a cinco puntos más de paro femenino que masculino. En el tercer trimestre de 2009 esa diferencia se había reducido a cero, si bien la tasa de paro había pasado del 6,6% y 11,7% respectivamente al 18,2%. En el caso de la UE, 2006 arranca con sólo punto y medio de diferencia y se reduce a cero el segundo trimestre de 2009. Las tasas de desempleo (7,9% y 9,4% res-

¹³² DE VOS, M., *After the Meltdown - The Future of Capitalism and Globalization in the Age of the Twin Crises*, Shoehorn Media Ltd, London, 2010.

¹³³ TIMBEAU, X.; DAHL, S.; FEIGL, F.; WATT, A., *The Elusive Recovery. Independent Annual Growth Survey (iAGS) 2017*, Kammer für Arbeiter und Angestellte für Wien, Abteilung Wirtschaftswissenschaft und Statistik, 2016, pp. 31-56, fecha de consulta 31 enero 2017, en <https://ideas.repec.org/p/clr/mwugar/164.html>.

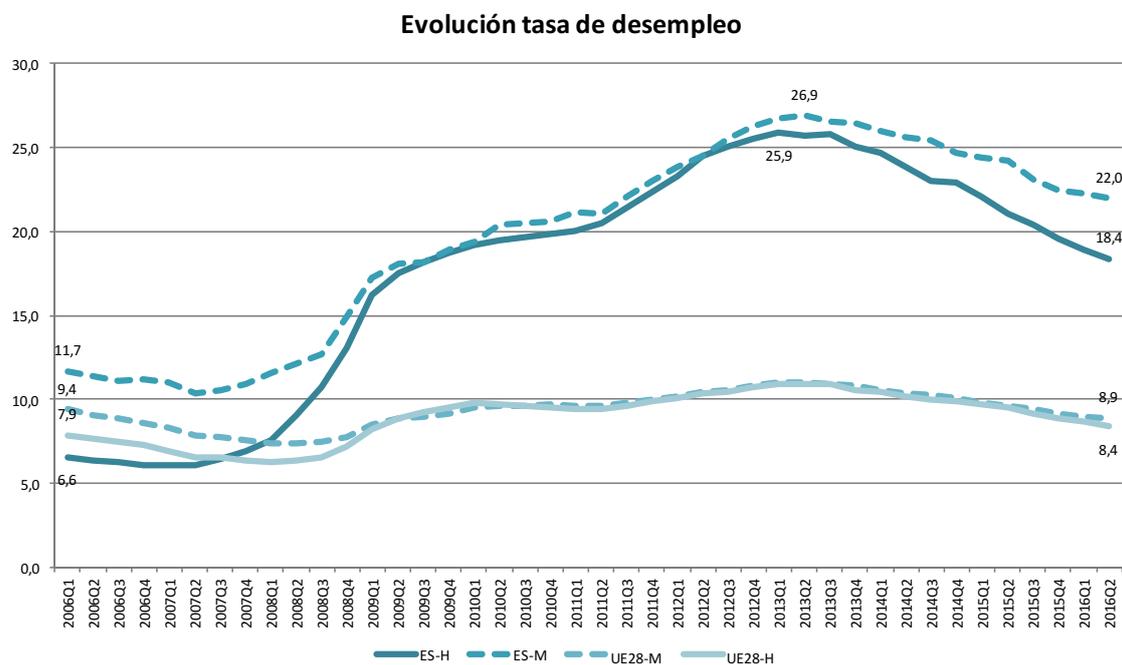
¹³⁴ COLLADO, J.C., *La economía española en 2033*, PWC, Madrid, 2014.

¹³⁵ EUROFOUND, *Young people and needs in europe: fist findings*, Eurofound, Dublin, 2011.

¹³⁶ DE LA RICA, S.; ANGHEL, B., *Los parados de larga duración en España en la crisis actual*, Fundación Alternativas, Madrid, 2014.

¹³⁷ Así lo atestigua el art. 30 de la RDLeg. 3/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Empleo (en adelante Ley de Empleo -BOE 24/10/2015, núm. 255-).

Gráfico 1



Fuente. Elaboración propia a partir de Eurostat.

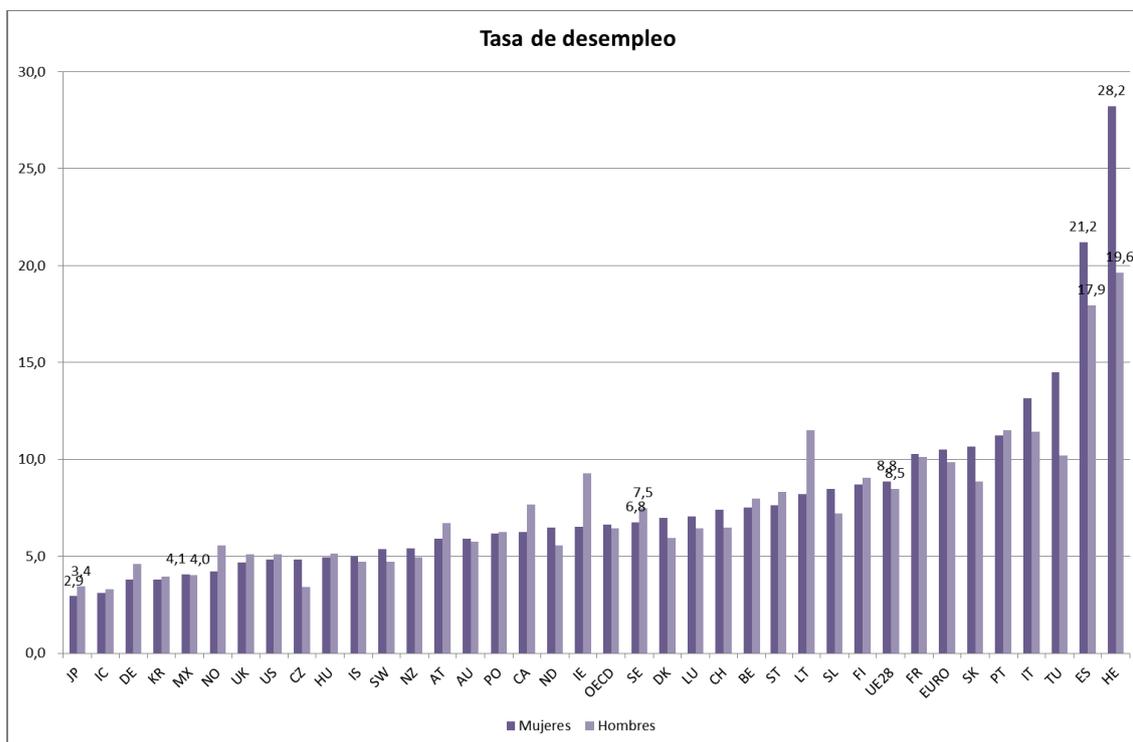
pectivamente) convergieron al 8,9% en el mencionado trimestre, lo que significa un incremento del desempleo masculino de un punto y una reducción del femenino de 0,6 puntos. Por consiguiente, se parte de una situación en la que la tasa de desempleo masculina en España era inferior a la media europea en más de un punto, mientras que la femenina era superior en más de dos, pero con una diferencia entre ambas casi cinco veces mayor.

En segundo lugar, también hemos señalado que durante la crisis las tasas masculina y femenina de empleo permanecieron, tanto para España como para el resto del continente bastante parejas. Sin embargo, esas diferencias, aunque pequeñas, fueron mayores para nuestro país que para el caso europeo. Además, en ninguno de los trimestres se registran diferencias a favor de las mujeres (menores tasas de desempleo), como sí ocurre en el caso de la UE.

Por último, a partir del cuarto trimestre de 2013, justo con el inicio de la recuperación, las diferencias comienzan a incrementarse para España, mientras que en la Unión permanecen estables sin superar los 0,5 puntos porcentuales. En el caso de nuestro país, partir de 2016, se superan los 3 puntos porcentuales, con lo que se recupera buena parte de las diferencias que existían al comienzo de la crisis.

El resultado final se muestra en el siguiente gráfico. Como puede apreciarse, España es junto a Grecia el país de la OCDE con mayores tasas de desempleo tanto masculinas como femeninas. Pero, además, son los dos países en los que las diferencias entre mujeres y hombres son mayores, 8,6 puntos en el caso del país heleno y 3,3 puntos para el nuestro. Curiosamente, son los países con mayores tasas de desempleo aquellos en los que las mujeres lo sufren en mayor medida que los hombres. De los dieciocho países que se encuentran por encima de la media de la OCDE, sólo Suecia (0,7 puntos), Bélgica (0,5 puntos), Estonia (0,7 puntos), Lituania (3,3 puntos), Finlandia (0,3 puntos) y Portugal (0,3 puntos) registran tasas de paro masculinas mayores que las femeninas, es decir, un tercio de los de este grupo. Si nos fijamos en los que se encuentran por debajo de la media, de diecinueve, siete (México —0,1 puntos—; República checa —1,4 puntos—; Islandia —0,3 puntos—; Suiza —0,7 puntos—; Nueva Zelanda —0,4 puntos—; Austria —0,2 puntos—) y Holanda —0,9 puntos—) registran tasas de paro para las mujeres superiores a la de los hombres, lo que implica también poco más de un tercio. Esto es, en el grupo contrario, la situación es justo la inversa. La media de la Unión Europea se sitúa en el 8,8% para las mujeres, 0,3 puntos menos para los hombres.

Gráfico 2.



Fuente: elaboración propia a partir de OCDE Año 2016-Q3.

Por consiguiente, a pesar de la incidencia inicial de la crisis sobre el desempleo masculino, lo cierto es que el femenino no atraviesa una mejor situación comparativamente, más bien todo lo contrario para el conjunto de la UE, de la OCDE y para la mayor parte de los países con mayores tasas de paro. Pero, para corroborar este diagnóstico, podemos analizar también la situación de la tasa de paro de larga duración. El siguiente gráfico compara esta variable para las mujeres y los hombres a lo largo de la década que va desde el tercer trimestre de 2006 al mismo de 2016.

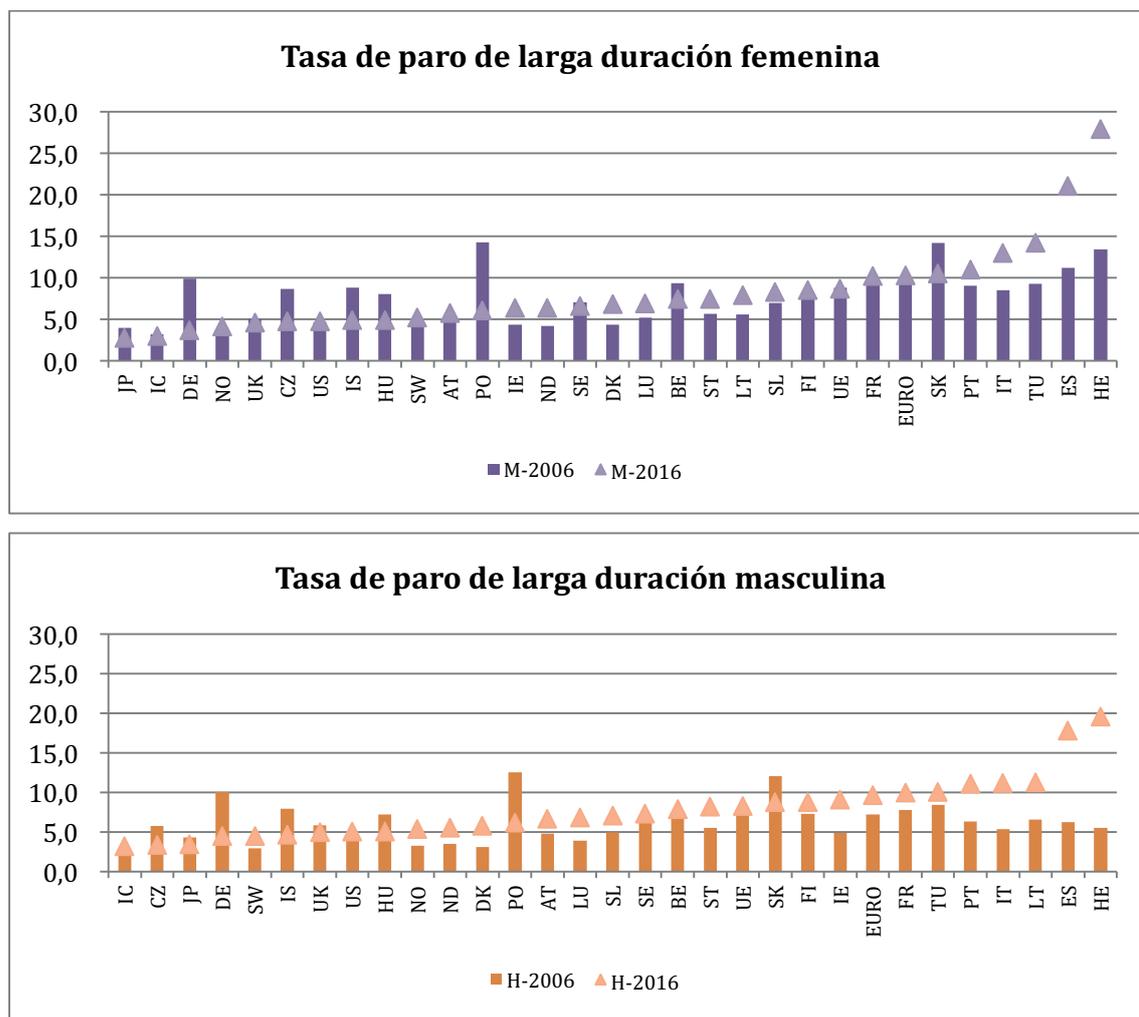
Lo primero que llama atención es que la situación de España comparativamente con el resto de países de la OCDE es notablemente peor en el caso de las mujeres que en el de los hombres tras la crisis. Mientras que en el primer caso nos encontramos por encima de la barrera del 20% (21,1% para ser más exactos), en el segundo estamos por debajo de tal límite, con una diferencia de 3,2 puntos menos en relación a las mujeres. Además, el caso de nuestro país es especialmente

negativo, pues, junto a Grecia, aquel en el que más ha aumentado la tasa de parados y paradas de larga duración (9,9 puntos para ellas y 11,6 para ellos). Los siguientes países peor situados, Italia y Turquía, han experimentado incrementos que son la mitad que los nuestros.

En definitiva, los datos demuestran que la situación de las mujeres en relación al desempleo es, con carácter general, comparativamente peor que la de los hombres. A pesar de que la crisis, especialmente en su inicio, tuvo una incidencia mayor sobre los varones, lo cierto es que este diagnóstico inicial se no ha visto alterado. Dicho de otra forma, la depresión económica no ha trastocado la situación de las mujeres en el mercado de trabajo y, por consiguiente, no debería alterar el tratamiento preferente que tradicionalmente se le ha dispensado. Corresponde por tanto ver si, entre las medidas de lucha contra el desempleo que se han puesto en marcha a lo largo de este tiempo han seguido incluyendo ese tratamiento especializado o si, por el contrario, han cedido a favor de otros colectivos.



Gráfico 3



Fuente. Elaboración propia a partir de OCDE. Datos para Luxemburgo y Suiza de 2006, (primero disponible).

2. RESPUESTAS CON PERSPECTIVA DE GÉNERO

2.1. Herramientas desde las políticas de empleo

Ante esa situación, ¿cuál ha sido la reacción de los distintos ordenamientos jurídicos y, en particular, del nuestro, para paliar la especial situación de las mujeres en relación al empleo? En abstracto, el

Derecho cuenta con dos tipos de herramientas para actuar frente al desempleo y que conectan con las dos explicaciones clásicas que desde la Economía se ha dado al fenómeno del paro¹³⁸.

De una parte, el Derecho, como herramienta de regulación del mercado de trabajo, puede adaptarse a sus especiales necesidades y, por conexión, de la economía en su conjunto. Desde esta perspectiva, la regulación ha de flexibilizarse para propi-

¹³⁸ La conexión entre Derecho y Economía en el ámbito de las políticas de empleo resulta más que obvia. Así lo pone de manifiesto, por citar un ejemplo significativo, el art. 1 de la Ley de Empleo cuando declara que la política de empleo se desarrollará dentro de las orientaciones generales de la política económica. Sobre el papel de ambas ciencias sociales en el ámbito de la creación de empleo, vid. Pérez del Prado, D., "Política de «creación» y «fomento» del empleo", en Monereo Pérez, J. L. (ed.) *Las políticas activas de empleo: configuración y estudio de su regulación jurídica e institucional*, Bomarzo, Granada, 2016, pp. 615-644.

ciar un mejor funcionamiento del mercado y, de ahí, más empleo y más competitividad. Se pone el acento en la regulación sustantiva y en la eliminación de barreras que impiden o dificultan que se alcance el equilibrio. Las propuestas que basan la lucha contra el desempleo en las “reformas estructurales” conectan directamente con estas ideas. En el plano de la protección social, las prestaciones por desempleo producirían un efecto desincentivador en la búsqueda de empleo y contribuirían a elevar el salario de reserva (y, de ahí, los costes salariales), de lo que se derivaría la necesidad de reducir su generosidad y aumentar los mecanismos (políticas activas¹³⁹) de control y la sanción, limitando la estancia en el desempleo subsidiado y evitando abusos.

Sus críticos han señalado que estas tesis implican una cierta supeditación del Derecho social a los objetivos de empleo, deformando los fines últimos que está llamado a cumplir y perdiendo el sentido de ordenación que hace de sus distintas piezas un sistema coherente¹⁴⁰. En el plano de la protección social, se han subrayado las consecuencias prácticas de la aplicación de estas teorías, incrementando la pobreza, el riesgo de exclusión social y la desigualdad¹⁴¹. Esto último, a su vez, no solamente tendría un impacto en el bienestar de la ciudadanía, sino en la eficiencia de la economía en su conjunto¹⁴².

De otra, hay quienes ponen el acento en el papel central de la economía en la generación de empleo, ante lo cual el Derecho tendría un papel secundario, de mero complemento. En un contexto de mercado imperfecto, la eliminación de determinadas distorsiones no tiene por qué acercarnos necesariamente al óptimo, sino que, incluso, puede alejarnos de

él¹⁴³. Es más, el mercado de trabajo sería un mercado derivado y, por consiguiente, que alcance su equilibrio no dependería tanto de su regulación, como de que la economía en su conjunto funcione correctamente. Por ello, el papel del Derecho es el de coadyuvar a la creación de empleo, pero sin que ni mucho menos sea la principal herramienta para alcanzar tal meta¹⁴⁴. Si se nos permite el símil, el crecimiento económico sería el motor de la creación de empleo, y el Derecho el aceite que engrasa esa maquinaria, pero nunca la maquinaria en sí¹⁴⁵.

Desde esta segunda perspectiva, el Derecho contribuiría a luchar contra el desempleo, de una parte, a través de la protección social, por cuanto contribuyen al incremento de la demanda agregada. De otra, a través de las políticas activas de empleo, pero desde un plano particular, pues deberían centrarse en fomentar la recualificación laboral, mejorar la interacción entre oferta y demanda de trabajo y facilitar el flujo de información sobre el empleo disponible, siempre como un complemento a las políticas macroeconómicas¹⁴⁶.

Para sus detractores, la Ley laboral habría sido incapaz de superar el fordismo, de adaptarse a los nuevos tiempos, convirtiéndose así en una rémora para la competitividad de las empresas y, por consiguiente, para la del conjunto el país. En la era de la globalización, resulta imprescindible que la regulación laboral sea flexible, si bien intentando compensar los efectos indeseados para los trabajadores que de ello se deriva¹⁴⁷. En el plano de la protección social, se pone en duda su sostenibilidad, sino los efectos indeseados sobre la búsqueda de empleo, buscando también la transformación del Estado del bienestar hacia otro de naturaleza más activo¹⁴⁸.

¹³⁹ Vid. *Infra*.

¹⁴⁰ CASAS BAAMONDE, M. E., “Derecho del Trabajo y Empleo”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, 4, 2012, pp. 1-11. El objetivo es alcanzar un “Derecho flexible del trabajo”, sometido a tales finalidades. Monereo Pérez, J. L., *Introducción al nuevo Derecho del Trabajo: una reflexión crítica sobre el derecho flexible del trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

¹⁴¹ MONEREO PÉREZ, J. L., *La política de empleo como instrumento para la lucha contra la precariedad laboral*, Bomarzo, Albacete, 2011.

¹⁴² PIKETTY, T., *El capital en el siglo XXI*, Fondo de Cultura Económica, México, 2014.

¹⁴³ R. G. LIPSEY; K. LANCASTER, *The General Theory of Second Best*, Elgar Reference Collection. International Library of Critical Writings in Economics, vol. 220. Cheltenham, U.K. and Northampton, Mass.: Elgar, 2008, pp. 55-82.

¹⁴⁴ Resulta curioso observar cómo la confrontación entre dos tipos de recetas económicas y de empleo para luchar contra el paro que se produjo en la última “gran” crisis económica hasta la actual, se ha repetido casi cuarenta años después, con idéntico resultado en cuanto a la vía elegida. No obstante, algunos de aquellos problemas estructurales siguen hoy sin resolver y, en particular, los que tienen que ver con el relevo de los sectores de la construcción e industriales en declive por otras actividades generadoras de un mayor valor añadido. VALDÉS DAL-RÉ, F., “Política de empleo y protección del desempleo en España: datos para una evaluación”, *Documentación Laboral*, No. 6, 1982.

¹⁴⁵ PÉREZ DEL PRADO, D., “Política de «creación» y «fomento» del empleo”, cit., p. 617.

¹⁴⁶ RECIO ANDREU, A., *Trabajo, personas, mercados: manual de economía laboral*, 1. ed, Icaria; Fuhem, Barcelona, 1997, pp. 157-158.

¹⁴⁷ La noción, más o menos fallida de “flexiseguridad” se asienta sobre estas premisas. A este respecto, entre otros, ESCUDERO RODRÍGUEZ, R. (ed.), *Aportaciones al debate comunitario sobre «flexiseguridad»*, La Ley. Grupo Wolters Kluwer., 2007.

¹⁴⁸ MULAS GRANADOS, C.; OCAÑA, C., “El Estado dinamizador y el seguro de desempleo en España”, en Mulas Granados, C. (ed.) *El estado dinamizador: nuevos riesgos, nuevas políticas y la reforma del estado de bienestar en Europa*, Complutense, Madrid, 2010.

En definitiva, tanto en un plano como en otro, el Derecho social cumple un papel muy importante, aunque diverso según la perspectiva, en lo que hace al objetivo de la lucha contra el paro. En concreto, dos son las formas en que el Derecho del Trabajo y de las Seguridad Social puede contribuir a la consecución de este objetivo. La primera se encuadraría dentro de la política sustantiva de empleo, aquélla que pretende incidir en éste a través de la normativa laboral, esto es, a partir de las regulaciones de distintos aspectos de la relación laboral para, normalmente mediante su flexibilización, mejorar la confluencia entre oferta y demanda.

La segunda es la política instrumental o política de empleo *stricto sensu*, que se caracterizaría por ejercer una acción más directa o especializada en el empleo, de tal forma que su incidencia en el mercado se produce por la vía de la colocación, la formación o la cobertura de rentas mediante prestaciones, entre otras técnicas¹⁴⁹.

Dentro de este último bloque, se encuentra muy arraigada entre nosotros la distinción entre políticas pasivas y activas de empleo. Mientras que las primeras tienen por finalidad la protección económica del desempleado en tanto dure la situación de desempleo, esto es, evitar su desamparo económico y social fundamentalmente mediante la transferencia de rentas y durante el tránsito hacia un nuevo empleo; las segundas se definen «el conjunto de servicios y programas de orientación, empleo y formación profesional para el empleo en el ámbito laboral dirigidas a mejorar las posibilidades de acceso al empleo, por cuenta ajena o propia, de las personas desempleadas, al mantenimiento del empleo y a la promoción profesional de las personas ocupadas y al fomento del espíritu empresarial y de la economía social¹⁵⁰».

De la definición legal transcrita puede deducirse que las políticas activas abarcan todo un abani-

co de acciones que comprenden las medidas de fomento del empleo, que mejoran las posibilidades de acceso al mercado de trabajo; de mantenimiento del empleo, ya que adaptan la formación de los trabajadores, recualificándoles; de autoempleo, mediante la conculcación del espíritu empresarial y el apoyo a las distintas modalidades empresariales agrupadas bajo el concepto de “economía social”; o de mediación o intermediación, realizada por los servicios públicos de empleo u otros agentes. No es ni mucho menos la única clasificación posible. Más bien al contrario, esta amplia amalgama de políticas y medidas ha sido objeto de numerosos intentos de sistematización, tanto desde el mundo económico¹⁵¹, como desde el jurídico¹⁵²; sin que ninguna de ellas parezca haya terminado de asentarse como una clasificación omnicomprensiva y generalmente aceptada¹⁵³.

Sea como fuere, lo verdaderamente importante en relación a estas políticas es que se encuentran presentes, como hemos visto, tanto en una perspectiva como en la otra. La diferencia fundamental radica es que mientras que en aquellas posturas que sostienen que el problema del desempleo tiene que ver con las normas reguladoras del mercado de trabajo las políticas activas revisten una naturaleza sancionadora y de control; en aquellas que ponen el acento en el funcionamiento de la economía, la activación de las políticas de empleo se centra en la formación y la información¹⁵⁴.

2.2. La variable “género” en las políticas de empleo

De lo dicho hasta aquí se desprende que, teniendo en cuenta las explicaciones que desde la Economía se han dado al fenómeno del desempleo, cabría distinguir tres tipos de políticas de empleo: a) las políticas sustantivas de empleo, en las que cristaliza la idea de que es la regulación laboral la que

¹⁴⁹ ESCUDERO RODRIGUEZ, R., “Estímulos materiales y ayudas instrumentales a la contratación laboral”, *Relaciones Laborales*, No 1, 1991, pp. 119-144.

¹⁵⁰ Art. 36 Ley de Empleo.

¹⁵¹ Ad. Ex. BOERI, T.; VAN OURS, J., *The Economics of Imperfect Labor Markets*, Princetown University Press., Princetown, 2008, pp. 255-256. EUROPEAN COMMISSION; EUROSTAT, *Labour market policy statistics: methodology 2013.*, Publications Office, Luxembourg, 2013, p. 13.

¹⁵² MOLINA HERMOSILLA, O., *La dimensión jurídica de la política de empleo. El Derecho del Empleo como nueva categoría sistemática*, CARL, Mergablum, Sevilla, 2005, pp. 281-287.

¹⁵³ Al margen de que determinadas categorías, como las políticas formativas o los incentivos, que sí han decantado en tipos de políticas activas específicas. No obstante, incluso en estos casos, es posible encontrar ejemplos que no encajan del todo en alguna de ellas o que encajan en varias.

¹⁵⁴ JØRGENSEN, H., *From a beautiful swan to an ugly duckling: Changes in Danish activation policies since 2003*, Centre for Labour Market Research at Aalborg University (CARMA), Aalborg (Dinamarca), 2009.

dificulta el correcto funcionamiento del mercado de trabajo y, de ahí, la generación de desempleo; b) lo que podríamos denominar “política económica de empleo”¹⁵⁵, que sustenta la tesis de que es la economía en su conjunto la causante de la creación y destrucción de empleo; y c) las políticas instrumentales de empleo, que son las políticas de empleo stricto sensu, que están presentes en ambos enfoques, si bien con una naturaleza completamente diferente en atención a cada una de las distintas explicaciones del fenómeno del paro.

Por lo que respecta a la primera, el espacio para la adopción de medidas para la mejora de la empleabilidad de las mujeres como colectivo es muy reducido, especialmente en el caso del Derecho del Trabajo. En efecto, en este plano, al margen de las cláusulas antidiscriminación¹⁵⁶, la prevención del acoso sexual y por razón de sexo, y los permisos y medidas para la conciliación de la vida personal y familiar (en el que en muchas ocasiones el efecto más beneficioso para el colectivo de mujeres consiste precisamente en extender y equiparar tales derechos para los hombres, por cuanto que contribuye a la reasignación de roles); lo cierto es que no son muy numerosas las medidas previstas específicamente, en buena medida porque la mayor parte de las normas reguladoras del mercado de trabajo tienen carácter general, por lo que no suelen referirse a colectivos específicos¹⁵⁷.

De los mencionados, estos últimos inciden de forma indirecta en la capacidad de acceso y man-

tenimiento del empleo de las mujeres. Tan sólo en el ámbito antidiscriminatorio se prevé alguna referencia algo más concreta, cuando el art. 17.4 ET establece que «la negociación colectiva podrá establecer medidas de acción positiva para favorecer el acceso de las mujeres a todas las profesiones. A tal efecto podrá establecer reservas y preferencias en las condiciones de contratación». Sin embargo, ésta no se ha caracterizado por ser muy creativa a este respecto, siendo escasas las medidas sugeridas en lo que hace al acceso al empleo y la promoción¹⁵⁸.

Nótese en todo caso que este tipo de medidas, aun siendo escasas, podrían tener, de acuerdo con quienes sostienen la tesis de que la regulación es el elemento clave en lo que hace al empleo, un efecto contrario al deseado, pues sería una barrera más al normal funcionamiento del mercado, corriendo en sentido contrario al objetivo deseado.

Al margen de lo anterior, el hecho de que las referencias legales y convencionales sean escasas puede tener que ver, no con que la regulación sustantiva no afecte a las mujeres, sino con que es difícilmente modulable por su vocación generalista. No obstante, sí puede y debe tenerse presente la especial incidencia que la regulación de determinadas condiciones de trabajo tiene sobre las mujeres. Uno de los supuestos más destacados es el del trabajo a tiempo parcial.

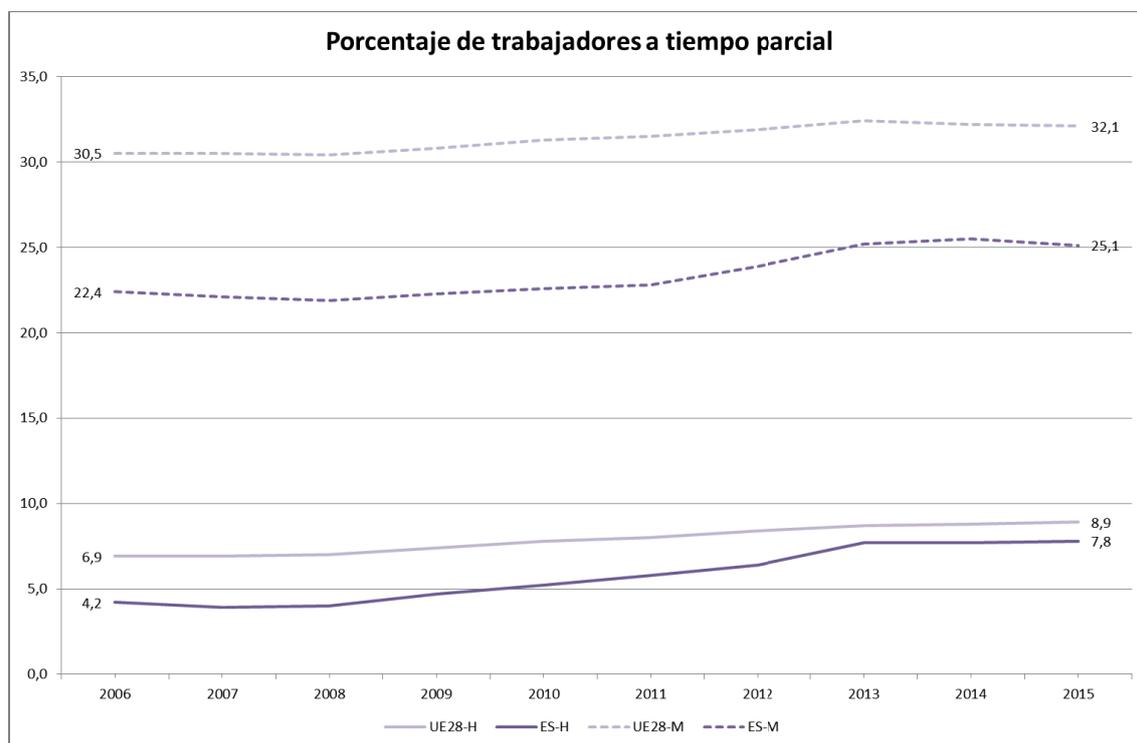
Los siguientes dos gráficos muestran el porcentaje de trabajadores y trabajadoras a tiempo parcial

¹⁵⁵ PÉREZ DEL PRADO, D., “Política de «creación» y «fomento» del empleo”, cit.

¹⁵⁶ Los art. 4.2 c) y 17 ET recogen el derecho, como directa traducción del art. 14 CE, a no ser discriminados directa o indirectamente para el empleo, o una vez empleados, entre otras cuestiones, por razones de sexo. Como especialidad de lo anterior, el art. 22.3 prevé su aplicación a la clasificación profesional, el art. 23.2 ET aplica este mandato a la promoción y formación profesional, el art. 24.2 ET a los ascensos y el art. 28 ET a la remuneración. Asimismo, el art. 64.3 ET establece, entre los derechos de información de la representación de los trabajadores, el de recibir, al menos anualmente, aquella «relativa a la aplicación en la empresa del derecho de igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres, entre la que se incluirán datos sobre la proporción de mujeres y hombres en los diferentes niveles profesionales, así como, en su caso, sobre las medidas que se hubieran adoptado para fomentar la igualdad entre mujeres y hombres en la empresa y, de haberse establecido un plan de igualdad, sobre la aplicación del mismo» (en conjunción con el apartado 7.3^a del mismo precepto).

¹⁵⁷ Lo mismo ocurre con los jóvenes. Al margen de algunas modalidades contractuales y tiempo atrás, el SMI, tampoco el Estatuto se refiere a ellos en particular a la hora de regular determinadas condiciones de trabajo. Por cierto, que en relación a los contratos formativos interesa destacar el llamamiento que hace el art. 11.3 ET para que en la negociación colectiva se fijen criterios y procedimientos tendentes a conseguir una presencia equilibrada de hombres y mujeres vinculados a la empresa mediante estas modalidades contractuales.

¹⁵⁸ A pesar del llamamiento que, en este sentido, hace el art. 17.4 ET «la negociación colectiva podrá establecer medidas de acción positiva para favorecer el acceso de las mujeres a todas las profesiones. A tal efecto podrá establecer reservas y preferencias en las condiciones de contratación de modo que, en igualdad de condiciones de idoneidad, tengan preferencia para ser contratadas las personas del sexo menos representado en el grupo profesional de que se trate». SERRANO GARCÍA, J. M., “Igualdad por razón de género en el empleo. Una cuestión pendiente de la negociación colectiva”, en Escudero Rodríguez, R. J. (ed.) *Observatorio de la negociación colectiva: empleo público, igualdad, nuevas tecnologías y globalización*, 1. ed, Ediciones CINCA, Madrid, 2010 (Colección Biblioteca Ciencias Sociales), pp. 191-207. Un ejemplo destacado sería el CC. de la empresa Betsaide, S.A.L. (código de convenio número 48100442012013), cuyo art. 30 dispone que: «[...] En este sentido y como primera medida adoptará el compromiso respecto a la política de contrataciones, de que al menos 1/5 de los contratos de trabajo se celebrarán con mujeres».

Gráfico 4. % trabajadores y trabajadoras a tiempo parcial

Fuente: elaboración propia a partir de Eurostat.

y a tiempo parcial involuntario respectivamente. En concreto refleja la evolución experimentada por las tasas de parcialidad para las mujeres (línea discontinua) y los hombres (línea continua), tanto para el conjunto de la UE (líneas claras) como para España (líneas oscuras).

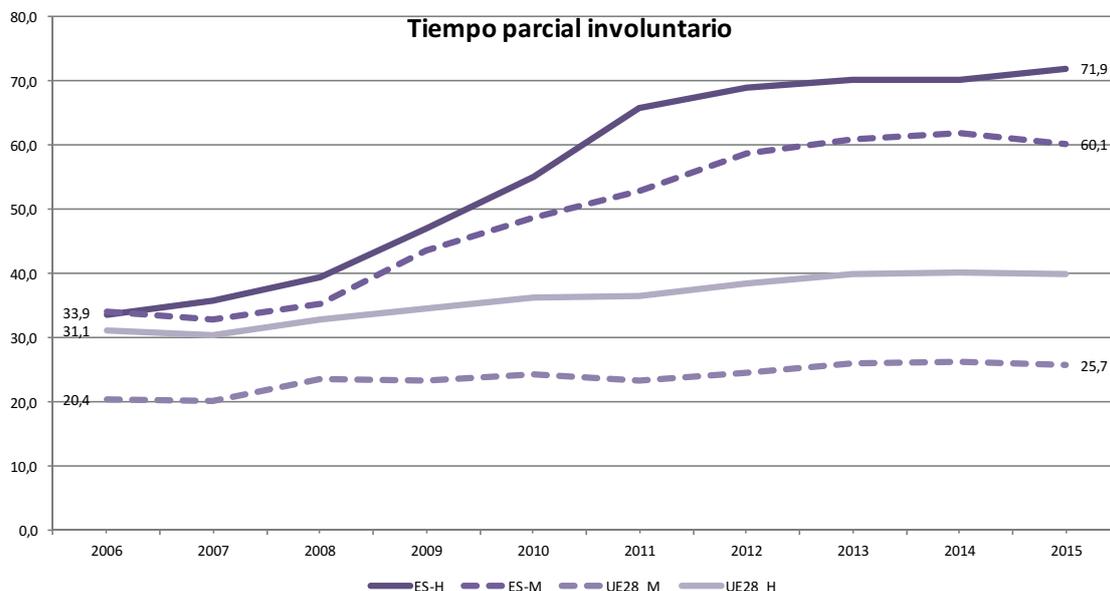
Como puede comprobarse, este tipo de trabajo está ampliamente feminizado, lo que conecta con los roles sociales atribuidos a las mujeres con ocasión de la maternidad. No obstante, las diferencias entre mujeres y hombres son mayores en el caso de la UE (22,2 puntos), que en el de España (17,1 puntos). En ambos casos se observa una tendencia creciente, más marcada para el caso de España y para los varones. Así, mientras que a nivel europeo el empleo a tiempo parcial se ha incrementado en 1,6 puntos para ellas y dos puntos para ellos, en el español esos mismos datos son 2,7 puntos y 3,6 puntos respectivamente.

De ahí que este incremento del número de trabajadores y trabajadoras que trabajan un número de horas inferior a la jornada completa, que han propiciado las últimas reformas legales, se haya traducido en un mayor número de varones que

involuntariamente se ven compelidos a trabajar a tiempo parcial, pues son los menos “habituados” a este tipo de trabajo. Por tanto, lo verdaderamente importante en relación al segundo de los gráficos, no es tanto el incremento mayor en el caso de los hombres que de las mujeres, como el fuerte crecimiento de ambos en relación a la evolución experimentada en la UE.

Las razones que explican por qué el trabajo a tiempo parcial está fuertemente feminizado o las consecuencias que esto tiene sobre el salario, la promoción profesional o la protección social, como fenómeno más destacados, son buenos ejemplos de la incidencia diferenciada y muy notable que determinadas condiciones de trabajo pueden tener sobre los varones y las mujeres.

En segundo lugar, a las políticas económicas de empleo les ocurre algo similar a las anteriores, si bien de una forma mucho más marcada. En efecto, las políticas económicas son difícilmente modulables desde la perspectiva de género, especialmente en el plano macroeconómico. Sin embargo, de nuevo, esto no quiere decir que no tengan una notable influencia sobre las mujeres y,

Gráfico 5. % trabajadores y trabajadoras a tiempo parcial involuntario

Fuente: elaboración propia a partir de Eurostat.

por lo que aquí respecta, diferenciada en relación a los hombres. Así, los recortes presupuestarios que reducen el gasto social pueden incrementar el tiempo que las mujeres dedican a las tareas del hogar no remuneradas, mientras que la liberalización del comercio puede perjudicar al empleo de las mujeres en contextos donde se encuentran excesivamente representadas en sectores que compiten con las importaciones. A pesar de ello, las políticas macroeconómicas adoptadas hasta la fecha han prestado escasa atención a este tipo de cuestiones¹⁵⁹.

Por último, es el ámbito de las políticas instrumentales de empleo el que mejor se presta al establecimiento de planes, programas y medidas específicamente dirigidas a mejorar la empleabilidad de las mujeres como colectivo. De hecho, la propia previsión de la Ley de Empleo de un listado de grupos a los que el Estado debe prestar especial atención, entre los que se encuentran las mujeres, tal y como tuvimos ocasión de adelantar (¹⁶⁰), es una buena muestra de tal capacidad. Pero, ¿qué iniciativas se han tomado desde el ámbito de las políticas instrumentales de empleo?

3. ESPECIAL REFERENCIA A LAS POLÍTICAS INSTRUMENTALES DE EMPLEO

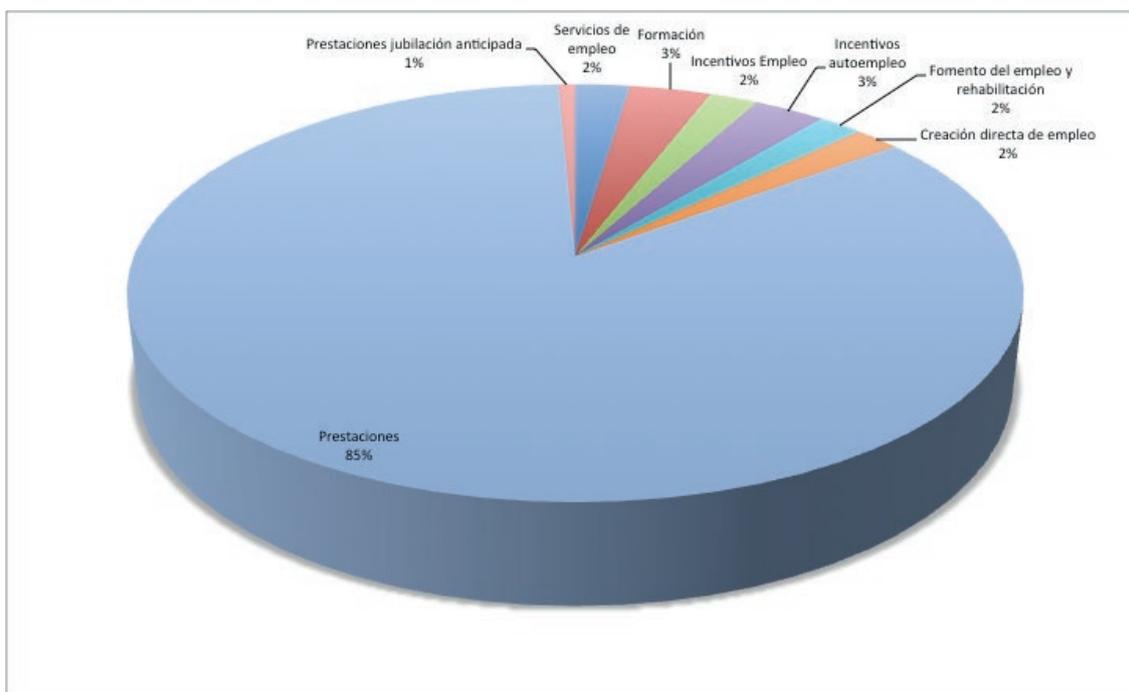
Como hemos señalado anteriormente, una de las clasificaciones más arraigadas cuando nos referimos a políticas instrumentales de empleo es la que distingue entre políticas activas y pasivas de empleo. La importancia de unas y otras, al menos desde el punto de vista del gasto, no es ni mucho menos similar.

Tal y como muestra el siguiente gráfico, el peso fundamental de las políticas instrumentales de empleo en nuestro país lo tienen las de tipo pasivo. Las activas oscilan en el torno al 25%-15% del total de gasto. Los datos más recientes sitúan tal porcentaje en esta última horquilla, debido al incremento del peso relativo de las pasivas en relación a aquellas, en un contexto de reducción del gasto en ambas. De ese 15%, la partida más importante es la relativa a incentivos al empleo (5%), incluyendo los que se refieren al emprendimiento y el autoempleo (3%). Las siguientes partidas, por orden de importancia sería la destinada a formación (3%), al funciona-

¹⁵⁹ ONU MUJERES, *El progreso de las mujeres en el mundo 2015-2016*, ONU Mujeres, EEUU, 2015, pp. 190-241.

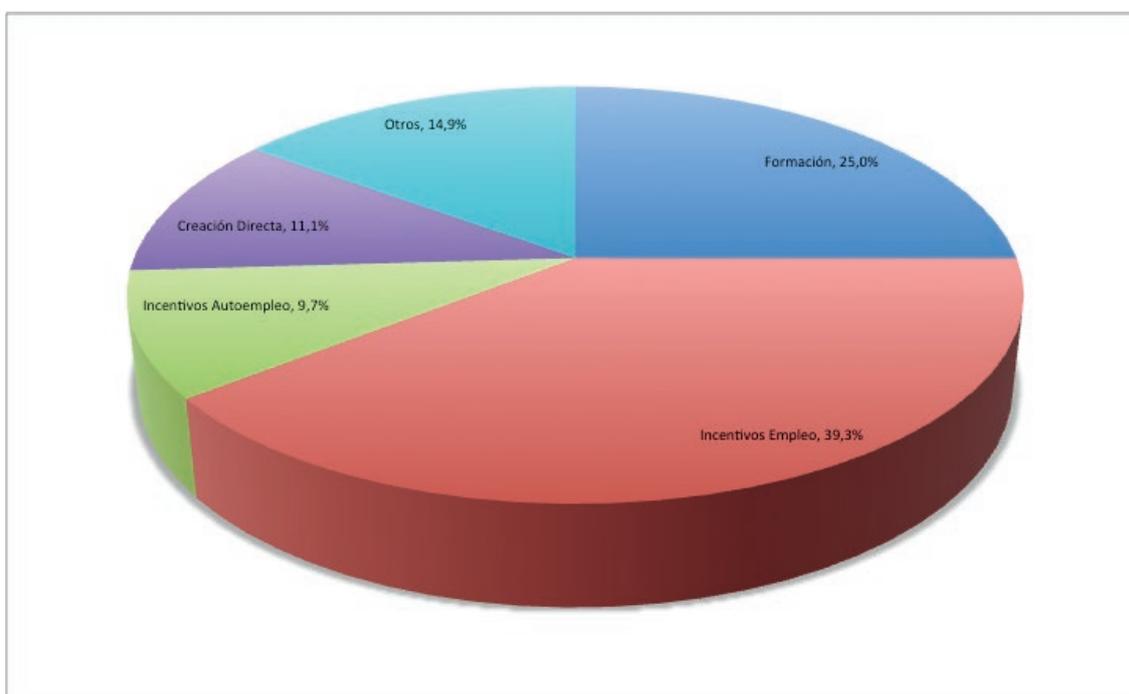
¹⁶⁰ Véase el art. 30 de la Ley de Empleo.

Gráfico 6. Reparto porcentual de las políticas de empleo en España



Fuente: elaboración propia a partir de los datos de la OCDE. Año 2013.

Gráfico 7. Gasto en políticas activas de empleo por tipo.



Fuente: elaboración propia a partir de los datos de la OCDE. Año 2013.

miento de los servicios públicos de empleo (2%), la recualificación y el apoyo a determinados colectivos con especiales dificultades (2%) y la creación directa de empleo (2%).

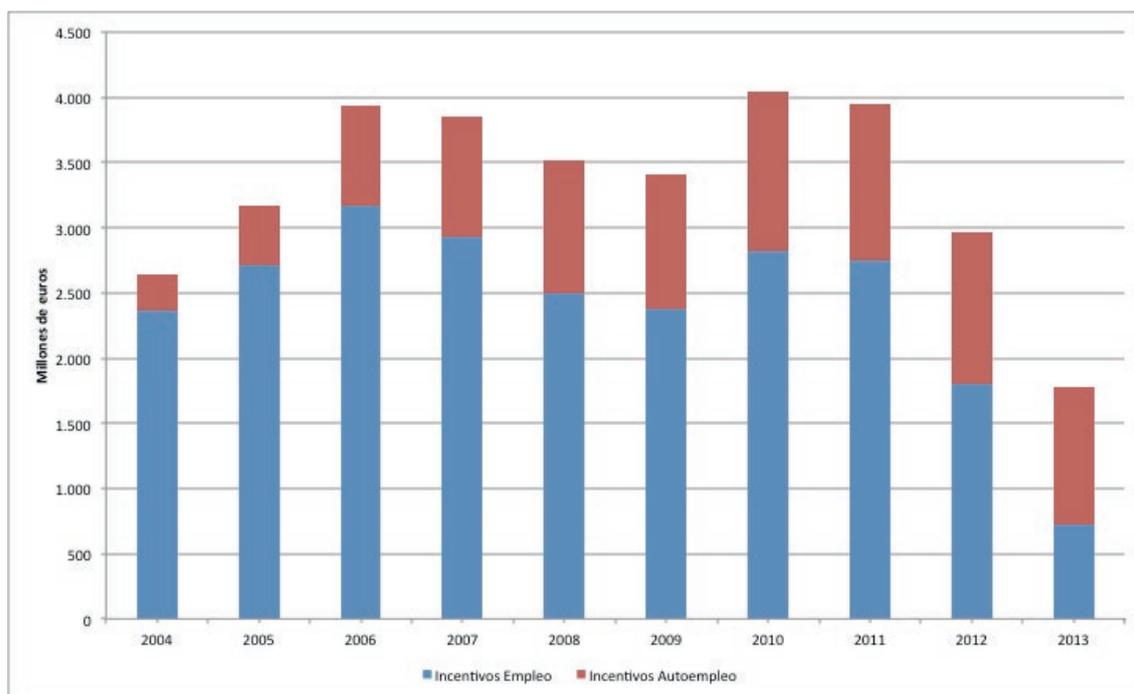
Si nos detenemos exclusivamente en las políticas activas, podemos ver con mayor claridad cuál es el peso relativo de cada modalidad. El siguiente gráfico muestra el promedio del gasto en este tipo de políticas de 2004 a 2013. Como puede comprobarse, el 49% del gasto en políticas activas de ha venido dedicando a incentivos a la contratación, mientras que el 25% a formación, el 11% a creación directa de empleo y el 15% restante se dedicaría a otro tipo de políticas de empleo. Por consiguiente, la morfología de nuestras políticas activas de empleo estaría claramente marcada por la preponderancia de los incentivos a la contratación.

No obstante, debe advertirse que este tipo de políticas ha pasado por diversas vicisitudes en cuanto a su fomento, no siendo muy clara cuál es la tendencia actual. En efecto, el RDL 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuesta-

ria y de fomento de la competitividad¹⁶¹ procedió, siguiendo las recomendaciones del Consejo Europeo de junio de ese año, a hacer “tabula rasa” en materia de incentivos a la contratación, que entonces se consideraron, según su exposición de motivos, como «gastos superfluos», que producían «los efectos más débiles sobre los agentes económicos». En concreto, esta norma procedió a derogar con efectos ex nunc, todo derecho a percepción de bonificaciones salvo las expresamente contempladas en el apartado segundo de su disposición transitoria sexta.

La norma produjo efectos importantes, pues se tradujo en una relevante simplificación, bajo el objetivo de ahorro del gasto, del conjunto de bonificaciones vigente en nuestro país y, además, de forma inmediata, ya que incluso quienes se habían acogido previamente a un programa de incentivos, y venía disfrutando de algún tipo de bonificación o reducción, dejaron de percibir la ayuda con la que ya contaban. El Gráfico 9 muestra que el impacto de la medida fue muy notable, pasando de casi 3.000 millones de euros en 2012 a casi 1.800, caída que en buena parte amortiguada por los incentivos al autoempleo.

Gráfico 8. Gasto en incentivos



Fuente: elaboración propia a partir de los datos de Eurostat.

¹⁶¹ BOE 14-07-2012, núm. 168.

A pesar de ello, posteriormente se ha vuelto a caer en la misma tendencia, presumiblemente por la facilidad con que se crean estos incentivos, de tal suerte que nuevos paquetes o “tarifas planas” han sido aprobados¹⁶². El efecto de esta vuelta a la senda del fomento de los incentivos no es claro, máxime si se tiene en cuenta que muchos de ellos se han articulado a través de reducciones, esto es, menores ingresos en las arcas de la Seguridad Social.

Sea como fuere, lo cierto es que este tipo de política es la principal también en lo que hace al fomento del empleo femenino, a pesar de que existe consenso acerca de que este tipo de medidas no sirven para generar empleo, sino que, todo lo más, para focalizar el empleo que se iba a crear de todas formas en aquellos colectivos con especiales dificultades de acceso al mercado de trabajo¹⁶³. En este sentido, este tipo de medidas resultarían positivas para el colectivo de mujeres, pero atendiendo a esta concreta función.

Pues bien, si se analiza el conjunto de incentivos en vigor¹⁶⁴, el bloque más importante tiene que ver con el fomento del contrato de apoyo a emprendedores. Las novedades introducidas por la reforma de 2012¹⁶⁵ en el programa nacional de incentivos son de calado, especialmente si se compara con la regulación anterior. En efecto, las mujeres dejan de considerarse colectivo cuyo empleo se bonificaba específicamente¹⁶⁶ para pasar a ser un supuesto «agravante» de los dos que se articulan en torno a esta modalidad contractual: jóvenes y parados de larga duración mayores de

45 años. Es decir, se consideraba que el hecho de ser mujer es una circunstancia que, añadida a las anteriores, supone una dificultad adicional de acceso a un puesto de trabajo. De esta forma, si el plan consideraba que los jóvenes con problemas de empleabilidad son dignos de ser apoyados mediante estos instrumentos por cuanto que cuentan con especiales dificultades para alcanzar un contrato indefinido, en el caso de mujeres jóvenes con problemas de empleabilidad tales dificultades son aún mayores, lo que se traduce en un mayor apoyo por parte del Estado materializado en un incremento de la bonificación. Lo mismo ocurre con el caso de las mujeres maduras paradas de larga duración¹⁶⁷.

Pero, en realidad, el cambio más importante introducido por esta reforma tiene que ver con el hecho de restringir aún más el ámbito de aplicación del programa de incentivos en relación a las mujeres, pues únicamente se incentiva su contratación en aquellas ocupaciones en las que se encuentren infrarrepresentadas. Es cierto que la naturaleza de este tipo de política de empleo exige la mayor concreción posible en aquellos colectivos con mayores dificultades, pero probablemente en este caso el requisito haya terminado por ser excesivamente gravoso.

Por consiguiente, la consideración de las mujeres como colectivo específico ha quedado reducido a programas de mucho menor peso desde el punto de vista del número de beneficiarios y, normalmente, vinculado a otro tipo de desventajas, como es el caso de ser víctima de violencia de género¹⁶⁸, tener

¹⁶² Ley 11/2013, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo (BOE 27-07-2013, núm. 179); RDL 16/2013, de 20 de diciembre, de medidas para favorecer la contratación estable y mejorar la empleabilidad de los trabajadores (BOE 21-12-2013, núm. 305); Ley 18/2014, de 15 de octubre, de aprobación de medidas urgentes para el crecimiento, la competitividad y la eficiencia (BOE 17-10-2014, núm. 252); Ley 25/2015, de 28 de julio, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de la carga financiera y otras medidas de orden social (BOE 29-07-2015, núm. 180); Ley 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2016 (BOE 30-10-2015, núm. 260).

¹⁶³ TOHARIA CORTÉS, L. (DIR) Y OTROS, *El efecto de las bonificaciones de las cotizaciones a la Seguridad Social para el empleo en la Seguridad Social: un intento de evaluación macroeconómica, microeconómica e institucional*, Ministerio de Trabajo e Inmigración. Secretaría de Estado de Seguridad Social, 2008. PÉREZ DEL PRADO, D., *Los instrumentos económicos de fomento del empleo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

¹⁶⁴ El SEPE se encarga de publicar con carácter mensual un cuadro recopilatorio titulado “Beneficios en la cotización a la Seguridad Social por incentivos a la contratación o a la actividad autónoma y otras peculiaridades de cotización”. El aquí empleado fue actualizado a 1 de enero de 2017 y puede consultarse en: <http://www.seg-social.es/prdi00/groups/public/documents/binario/146061.pdf>

¹⁶⁵ Ley 3/2012, de 6 de julio, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral (en adelante, Ley 3/2012, -BOE 07/07/2012, núm. 162-).

¹⁶⁶ En realidad, este cambio ya se introdujo en la reforma de 2010, que ésta conserva.

¹⁶⁷ Y aun en el caso de transformación de contratos formativos, de relevo y de sustitución por jubilación anticipada. A este respecto, vid. artículo 10.3, párr. 2.º

¹⁶⁸ Art. 2.4 de la Ley 43/2006, de 29 de diciembre, para la mejora del crecimiento y del empleo (en adelante, Ley 43/2006 -BOE 30/12/2006, núm. 312-). También art. 12 de la Ley 11/2013, de 26 de julio, de medidas de apoyo al emprendedor y de estímulo del crecimiento y de la creación de empleo (en adelante, Ley 11/2013 -BOE 27/07/2013, núm. 179-).

algún tipo de discapacidad¹⁶⁹; o a determinados tipos de empleo, como la celebración de contratos formativos por parte de una ETT o su transformación en indefinido¹⁷⁰ o en el ámbito del trabajo autónomo¹⁷¹. Salvo en este último supuesto, en el que se amplía la edad para el acceso al incentivo, en el resto de caso el tratamiento jurídico se traduce en cuantías mayores.

En definitiva, la conclusión fundamental que cabe extraer de lo dicho hasta ahora es que la principal herramienta empleada por el Estado para la promoción del empleo de las mujeres son los incentivos a la contratación. La evolución más reciente muestra una cierta pérdida de influencia de este colectivo en relación a otros, pasando de ser un grupo específico de atención a un mero “supuesto agravante”, quedando su consideración diferenciada relegada a programas de menor importancia cuantitativa.

Sin embargo, no debe olvidarse que la gestión de las políticas de empleo se encuentra fundamentalmente en manos de las CCAA, por lo que resulta imprescindible remitirse a las diversas iniciativas autonómicas para poder observar cuál es el concreto tratamiento que se dispensa a las mujeres.

Pues bien, esta misma configuración, apuesta por los incentivos (normalmente a través técnica jurídica de las subvenciones) y consideración de la mujer como “supuesto agravante”, se observa en buena parte de los programas autonómicos¹⁷². El especial interés público que en los últimos años ha despertado el problema del desempleo juvenil y de larga duración puede que explique la existencia de un cierto “efecto eclipsamiento” en relación a las políticas de empleo específicas para mujeres, en virtud de cual aquellos habrían ocultado parcialmente los problemas de éstas, por más que su situación en el mercado de trabajo ni mucho menos ha mejorado, tal y como tuvimos ocasión de explicar.

Dicho esto, aún con este panorama general, es posible encontrar algunos ejemplos destacados que se apartan de la tendencia descrita. Sin ánimo de ser exhaustivos, merece la pena subrayar los siguientes.

En primer lugar, el programa “Empleo Mujer Castilla y León” de la Junta de Castilla y León¹⁷³. Este programa es una iniciativa piloto en innovación social de la Consejería de Familia e Igualdad de Oportunidades que cuenta con la colaboración de la Fundación Santa María la Real del Patrimonio Histórico de Castilla y León y ha sido cofinanciado por el Fondo Social Europeo.

Su objetivo es la reinserción social, la mejora de la empleabilidad y el acompañamiento en la búsqueda de empleo de mujeres en riesgo de exclusión social. Para ello, esta iniciativa evalúa la situación laboral de las mujeres en riesgo de exclusión y trata de mejorar su empleabilidad a través de distintas actuaciones metodológicas, ofreciendo trabajo en alguna de las entidades que integran la red empresarial de apoyo o mediante su servicio de intermediación laboral. En lo que hace a su valoración, debe tenerse presente que se trata de un proyecto piloto que arranca a mediados de 2016 y que ha sido prolongado en 2017, ofreciendo apoyo a un subcolectivo muy específico de mujeres, cuales son las que se encuentran en riesgo de exclusión social. Precisamente la atención individualizada a un grupo de mujeres con necesidades muy específicas, en conexión con el desarrollo directo de actividades laborales, constituirían sus puntos fuertes.

También ofreciendo asistencia específica a un perfil muy concreto de mujeres, pero muy diferente al anterior, estaría el Programa “Universidades y Empleo de Mujeres” (UNIVERSEM) de la Junta de Andalucía. Desarrollado por el Instituto Andaluz de la Mujer (IAM), en colaboración con las universidades de esta Comunidad Autónoma, tiene como objetivo mejorar las posibilidades de empleo de las universitarias, en condiciones de igualdad a los hombres. También ha sido cofinanciado por el Fondo Social Europeo en el marco del Programa Operativo del FSE, integrado en el Marco Estratégico Regional de Referencia 2007-2013¹⁷⁴.

El programa se centra, por tanto, en mujeres graduadas y postgraduadas y su objetivo es mejorar las opciones de empleabilidad de las desempleadas con formación universitaria, facilitándoles

¹⁶⁹ Art. 2.2 Ley 43/2006.

¹⁷⁰ Art. 3 Ley 3/2012.

¹⁷¹ Art. 31 LETA.

¹⁷² PÉREZ DEL PRADO, D., *Los instrumentos económicos de fomento del empleo*, cit., pp. 124-135.

¹⁷³ http://www.comunicacion.jcyl.es/web/jcyl/Comunicacion/es/Plantilla100Detalle/1281372051501/_/1284623813920/Comunicacion

¹⁷⁴ <http://www.juntadeandalucia.es/institutodelamujer/index.php/2013-08-08-11-30-38/universem>

el conocimiento de los recursos de orientación y formación disponibles, así como las opciones más ventajosas para acceder y mantenerse en el empleo en función de sus intereses, demandas y sus perfiles formativos.

En tercer lugar, merece también ser destacada la iniciativa puesta en marcha por la Junta de Extremadura con la denominación de “Oficinas de Igualdad de Género en el Empleo”¹⁷⁵. El objetivo general de este programa, puesto en marcha por el Instituto de la Mujer de Extremadura (IMEX) y las organizaciones sindicales CCOO y UGT, es «combatir y eliminar la discriminación que sufren las mujeres en el ámbito laboral, así como las dificultades de acceso, permanencia, promoción y condiciones de trabajo, promoviendo la igualdad de oportunidades y de trato en el empleo».

A éste se unen una serie de objetivos específicos, como sensibilizar en la igualdad de trato y oportunidades en el empleo a mujeres y hombres; la defensa legal de las mujeres en caso de discriminación laboral por razón de sexo; informar al empresariado sobre los recursos disponibles en la Comunidad Autónoma, incluidos en el Plan de Empleo, para la contratación de mujeres, mejorando así su inserción sociolaboral; informar y divulgar entre los trabajadores y trabajadoras los derechos que la Ley Efectiva de Igualdad de Oportunidades, introduce en la normativa laboral; y el asesoramiento y la formación a la representación legal de los y las trabajadoras, tanto en la legislación referente al principio de igualdad como en la prevención y detención de casos concretos de discriminaciones laborales por razón de género y violencia contra las mujeres.

Por último, en el ámbito local destaca la publicación del “Manual de buenas prácticas de políticas activas de empleo para las mujeres desde el ámbito local”¹⁷⁶. Es el resultado del Convenio de colaboración firmado entre la FEMP y el Instituto de la Mujer en 2010 y recopila, entre otra información, toda una serie de medidas puestas en práctica por los Entes Locales en todos los ámbitos incluidos dentro de las políticas activas de empleo. En particular, el Manual se desarrolla en el marco de un proyecto más amplio denominado “Laboratorio de experiencias sobre políticas activas de empleo”, que responde

al interés expreso de la Comisión de Igualdad de la FEMP de continuar avanzando en las políticas locales de empleo que incluyan, entre sus fines generales, la perspectiva de género y la igualdad de oportunidades de mujeres y hombres.

4. CONCLUSIONES

A lo largo de estas páginas hemos tenido ocasión de analizar las diferentes técnicas jurídicas que, con carácter general, el Derecho ofrece para el fomento del empleo, analizando en qué medida se modulan para adaptarse a las especiales circunstancias de las mujeres en el mercado de trabajo. Estas técnicas tienen su origen en las diversas explicaciones que desde la Economía se ha dado al fenómeno del desempleo.

En concreto hemos visto cómo de las tres herramientas, políticas sustantivas, políticas económicas y políticas instrumentales de empleo, la que mejor consigue adaptarse a las necesidades de las mujeres es esta última. Sin embargo, su morfología y evolución no invitan al optimismo. En efecto, la principal herramienta, dentro de este tipo, para promover el empleo entre las mujeres han sido los instrumentos económicos o incentivos a la contratación, cuya ineficacia en la creación de empleo ha sido puesta en evidencia. No obstante, sí cumplen una función de focalización o canalización del empleo hacia determinados colectivos en dificultades, por lo que en este sentido podrían ser útiles para las desempleadas españolas. Sin embargo, los cambios introducidos por las últimas reformas laborales, por los cuales las mujeres han pasado de ser un colectivo prioritario a un mero supuesto agravante, invitan a considerar que ni siquiera en esta función puedan estar resultando útiles para las mujeres.

En el ámbito autonómico y local la situación es similar, lo que no nos han impedido destacar algunos ejemplos prácticos que sobresalen por la especial atención que prestan a determinados grupos dentro del colectivo de mujeres paradas, por fomentar la participación de los agentes sociales en la gestión de las políticas de empleo con enfoque de género o por recopilar aquellas prácticas que mejores resultados han alcanzado.

¹⁷⁵ <https://ciudadano.gobex.es/web/igualdad/empleo-y-empresas>

¹⁷⁶ http://femp.femp.es/files/566-1148-archivo/Manual_BP_pac_empleo_mujer.pdf

En suma, la crisis económica trastocó, en la práctica, la especial consideración que las mujeres tenían como colectivo prioritario de las políticas de empleo. Se ha producido un “efecto eclipsamiento” derivados de la especial incidencia que el paro de larga duración y el desempleo juvenil han tenido, pero sin que tenga justificación en un cambio en la empleabilidad de las mujeres, cuya mejora sigue siendo uno de los principales retos de las políticas de empleo en nuestro país.

5. BIBLIOGRAFÍA

- BOERI, T.; VAN OURS, J., *The Economics of Imperfect Labor Markets*, Princetown University Press., Princetown, 2008.
- CASAS BAAMONDE, M. E., “Derecho del Trabajo y Empleo”, *Relaciones laborales: Revista crítica de teoría y práctica*, n.º 4, 2012, pp. 1-11.
- COLLADO, J.C., *La economía española en 2033*, PWC, Madrid, 2014.
- DE LA RICA, S.; ANGHEL, B., *Los parados de larga duración en España en la crisis actual*, Fundación Alternativas, Madrid, 2014.
- DE VOS, M., *After the Meltdown - The Future of Capitalism and Globalization in the Age of the Twin Crises*, Shoehorn Media Ltd, London, 2010.
- ESCUDERO RODRÍGUEZ, R. (ed.), *Aportaciones al debate comunitario sobre «flexiseguridad»*, La Ley. Grupo Wolters Kluwer., 2007.
- ESCUDERO RODRÍGUEZ, R., “Estímulos materiales y ayudas instrumentales a la contratación laboral”, *Relaciones Laborales*, n.º No 1, 1991, pp. 138-157.
- EUROFOUND, *Young people and needs in europe: fist findings*, Eurofound, Dublin, 2011.
- EUROPEAN COMMISSION; EUROSTAT, *Labour market policy statistics: methodology 2013.*, Publications Office, Luxembourg, 2013.
- JØRGENSEN, H., *From a beautiful swan to an ugly duckling: Changes in Danish activation policies since 2003*, Centre for Labour Market Research at Aalborg University (CARMA), Aalborg (Dinamarca), 2009.
- LIPSEY, R. G.; LANCASTER, K., *The General Theory of Second Best*, Elgar Reference Collection. International Library of Critical Writings in Economics, vol. 220. Cheltenham, U.K. and Northampton, Mass.: Elgar, 2008.
- MOLINA HERMOSILLA, O., *La dimensión jurídica de la política de empleo. El Derecho del Empleo como nueva categoría sistemática*, CARL, Mergablum, Sevilla, 2005.
- MONEREO PÉREZ, J. L., *Introducción al nuevo Derecho del Trabajo: una reflexión crítica sobre el derecho flexible del trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
- MONEREO PÉREZ, J. L., *La política de empleo como instrumento para la lucha contra la precariedad laboral*, Bomarzo, Albacete, 2011.
- MULAS GRANADOS, C.; OCAÑA, C., “El Estado dinamizador y el seguro de desempleo en España”, en Mulas Granados, C. (ed.) *El estado dinamizador: nuevos riesgos, nuevas políticas y la reforma del estado de bienestar en Europa*, Complutense, Madrid, 2010.
- ONU MUJERES, *El progreso de las mujeres en el mundo 2015-2016*, ONU Mujeres, EEUU, 2015.
- Pérez del Prado, D., *Los instrumentos económicos de fomento del empleo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- PÉREZ DEL PRADO, D., “Política de «creación» y «fomento» del empleo”, en Monereo Pérez, J. L. (ed.) *Las políticas activas de empleo: configuración y estudio de su regulación jurídica e institucional*, Bomarzo, Granada, 2016.
- PIKETTY, T., *El capital en el siglo XXI*, Fondo de Cultura Económica, México, 2014.
- RECIO ANDREU, A., *Trabajo, personas, mercados: manual de economía laboral*, 1. ed, Icaria; Fuhem, Barcelona, 1997.
- SERRANO GARCÍA, J. M., “Igualdad por razón de género en el empleo. Una cuestión pendiente de la negociación colectiva”, en Escudero Rodríguez, R. J. (ed.) *Observatorio de la negociación colectiva: empleo público, igualdad, nuevas tecnologías y globalización*, 1. ed, Ediciones CINCA, Madrid, 2010 (Colección Biblioteca Ciencias Sociales).
- TIMBEAU, X.; DAHL, S.; FEIGL, F.; WATT, A., *The Elusive Recovery. Independent Annual Growth Survey (iAGS) 2017*, Kammer für Arbeiter und Angestellte für Wien, Abteilung Wirtschaftswissenschaft und Statistik, 2016, fecha de consulta 31 enero 2017, en <https://ideas.repec.org/p/clr/mwugar/164.html>.
- TOHARIA CORTÉS, L. (DIR); ARRANZ, J. M.; CEBRIÁN, I.; GARCÍA SERRANO, C.; HERNANZ, V.; PITARCH, J., *El efecto de las bonificaciones de las cotizaciones a la Seguridad Social para el empleo en la Seguridad Social: un intento de evaluación macroeconómica, microeconómica e institucional*, Ministerio de Trabajo e Inmigración. Secretaría de Estado de Seguridad Social, 2008.
- VALDÉS DAL-RÉ, F., “Política de empleo y protección del desempleo en España: datos para una evaluación”, *Documentación Laboral*, n.º No. 6, 1982.

7 LA (DES)PROTECCIÓN POR DESEMPLEO DE LAS MUJERES

■ THE (LACK OF) UNEMPLOYMENT BENEFITS FOR WOMEN SEEN

Por Borja Suárez Corujo. Profesor Titular de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Universidad Autónoma de Madrid

borja.suarez@uam.es

Resumen: Seguramente uno de los aspectos más olvidados en el análisis de la protección por desempleo a través de prestaciones económicas (políticas pasivas de empleo) es el relativo al género. Centrado en el caso español, el presente trabajo trata de identificar las principales razones que determinan que la protección que reciben las mujeres desempleadas sea insuficiente y sensiblemente peor que el que el que reciben los hombres, un problema que se ha agravado como consecuencia de la crisis económica y de los recortes de los últimos años.

Palabras clave: Seguridad Social / Desempleo / Mujer / Crisis

Abstract: One of the aspects regarding the analysis of unemployment protection that usually draws little attention has to do with the gender issue. Focused on the Spanish case, this article aims to identify the main reasons which cause that unemployment benefits women are insufficient and clearly less than those granted to men. It also underlines that this problem has got worse in recent years due to the economic crisis and the cutbacks carried out.

Keywords: Social Security / Unemployment / Women / Crisis

SUMARIO: 1. Mercados de trabajo y sistemas de protección por desempleo desde una perspectiva comparada (OISS). 2. Algunas consideraciones preliminares sobre la desprotección social de las mujeres. 3. Ejes explicativos de la peor posición de las mujeres en el sistema de protección por desempleo. 3.1. El sesgo estructural del sistema como principal eje discriminatorio. 3.2. El agotamiento del sistema ante el paro de larga duración como segundo eje (indirecto). 3.3. Los recortes de 2012 y 2013 como tercer eje de discriminación. 4. La desprotección de las desempleadas: presente y (negras) perspectivas

“... the specter of unemployment--of starvation, of hunger, of the wandering boys, of the broken homes, of the families separated while somebody went out to look for work--stalked everywhere”

Frances Perkins, de su discurso *The roots of Social Security*

1. MERCADOS DE TRABAJO Y SISTEMAS DE PROTECCIÓN POR DESEMPLEO DESDE UNA PERSPECTIVA COMPARADA (OISS)

No es exagerado afirmar que los mercados laborales de los países integrantes de la Organización Iberoamericana de Seguridad Social están

enfermos: sufren graves patologías –de distinto origen, como enseguida veremos– que provocan un funcionamiento de los mismos muy poco eficiente.

Este rasgo en común se canaliza a través de cauces parcialmente distintos como reflejo de la disparidad de tradiciones jurídicas y de realidades económicas, políticas y sociales. En el caso de Es-

pañía (en menor medida, también Portugal), dos son los principales problemas. De un lado, la elevadísima tasa de desempleo se sitúa muy por encima de la media europea no solo en los periodos de crisis —alcanzó el 27% a principios de 2013¹⁷⁷—, sino también en tiempos de bonanza —no bajó del 8%, como punto más bajo, en 2007—. Hoy, casi una década después del estallido de la crisis la tasa de paro se mantiene en cotas anormalmente altas (ligeramente por debajo del 19%). Mientras que, de otro, la calidad del empleo —fundamentalmente, aunque no de forma exclusiva, por el desproporcionado peso de la temporalidad— es igualmente un problema estructural agravado en los últimos años. Por su parte, la realidad latinoamericana está marcada, sobre todo¹⁷⁸, por un grave problema de informalidad del empleo que afecta a algo menos de la mitad de la población ocupada (46,8% en 2014), tanto trabajadores asalariados como sobre todo trabajadores por cuenta propia, y en mayor proporción de mujeres que de hombres¹⁷⁹.

Precisamente otro aspecto común a las realidades latinoamericanas y (luso)españolas es que la incidencia de estos graves problemas no es la misma desde una perspectiva de género. Es decir, que la posición de las mujeres es aún más precaria que la de los hombres en el mercado de trabajo, tal como reflejan todos los indicadores¹⁸⁰. Y más allá de las consecuencias negativas que este tipo de problemas genera en las condiciones de participación en dicho mercado, lo grave es que esa precariedad va a proyectarse también sobre el sistema de protección social. En particular, el ámbito que aquí interesa es el de la acción protectora frente al desempleo.

El panorama latinoamericano en esta materia es poco alentador si atendemos al bajo nivel de cobertura¹⁸¹. El principal factor de debilidad es la pobre

presencia de mecanismos institucionales para dar protección a este tipo de situaciones de necesidad. Las respuestas ofrecidas por los distintos países ante el desempleo se limitan fundamentalmente al reconocimiento de indemnizaciones por despido que son asumidas por las empresas y, por tanto, no se articulan como prestación (social) pública. En menor medida algunos Estados contemplan la creación de cuentas de ahorro individual por desempleo —normalmente nutridas por aportaciones empresariales—, y solo ocho de ellos han articulado sistemas de protección por desempleo a través de seguros (y/o subsidios), a saber: Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, México, Uruguay y Venezuela¹⁸².

Pero, como se apuntaba, incluso en aquellos lugares donde existe un mecanismo de protección por desempleo, los resultados en términos de acción protectora son muy pobres¹⁸³. De una parte, debido al elevado nivel de informalidad ya comentado que empleo no registrado en el sistema hace imposible la satisfacción de las exigencias requeridas para el acceso a las prestaciones. De otra, por la dureza de los propios requisitos legalmente establecidos en cuanto al tiempo previamente cotizado o las causas del paro. Y, en fin, como consecuencia de unos altos niveles de rotación en el empleo. Dada las mayores dificultades de inserción laboral de las mujeres y las peores condiciones de trabajo que disfrutan, no debe extrañar que en su caso la cobertura ante el desempleo sea sensiblemente inferior.

Sin perjuicio de puntuales referencias a las distintas experiencias latinoamericanas, la atención de este trabajo se centra en el caso español. Aquí el sistema de protección por desempleo ha alcanzado desde hace décadas un importante grado de desarrollo. Pero como consecuencia de la crisis económica y de las políticas de austeridad a ultranza que

¹⁷⁷ En ese momento, el desempleo en Portugal también era muy elevado: 17,5%.

¹⁷⁸ Ciertamente hay otros graves problemas como el subempleo o el retroceso del trabajo asalariado: CEPAL-OIT, *Coyuntura laboral en América Latina y el Caribe. Protección social universal en mercados laborales con informalidad*, OIT, Santiago de Chile, 2015.

¹⁷⁹ 49,7% frente a 44,5%. Véase sobre el particular: OIT, *Panorama Laboral Temático: Transición a la formalidad en América Latina y el Caribe*, OIT-Oficina Regional para América Latina y el Caribe, Lima, 2014, pp. 11 ss. Véase igualmente: OIT, *Panorama Laboral 2015*, OIT-Oficina Regional para América Latina y el Caribe, Lima, 2015, pp. 53 ss.

¹⁸⁰ OISS, *Estudio sobre la perspectiva de género en los Sistemas de Seguridad Social en Iberoamérica*, OISS, Madrid, 2014, pp. 32 ss.

¹⁸¹ Apenas el 5% de los trabajadores que quedan desempleados reciben "... prestaciones de un seguro de desempleo" (OIT, *Estrategia de Desarrollo de los Sistemas de Seguridad Social de la OIT. El Papel de los Pisos de Protección Social en América Latina y el Caribe*, OIT-Oficina Regional para América Latina y el Caribe, Lima, 2014, pp. 53).

¹⁸² Un interesante análisis de la protección por desempleo en este ámbito regional puede consultarse en: VELÁSQUEZ PINTO, M.D. "Análisis de la protección ante el desempleo en América Latina", Serie Macroeconomía del desarrollo, nº 154, 2014, CEPAL-Naciones Unidas, Santiago de Chile.

¹⁸³ VELÁSQUEZ PINTO, M.D. "Análisis de...", op. cit., p. 28.

se han aplicado en los últimos, el sistema atraviesa grandes dificultades que han puesto a luz también un claro sesgo en la acción protectora.

2. ALGUNAS CONSIDERACIONES PRELIMINARES SOBRE LA DESPROTECCIÓN SOCIAL DE LAS MUJERES

Antes de abordar las razones que explican el peor tratamiento recibido por las mujeres en el ‘sistema’ español de protección por desempleo, conviene hacer dos consideraciones desde una perspectiva general.

Puede sorprender, quizá, la persistencia de un problema de discriminación transversal que afecta a todas las sociedades, incluidas las más avanzadas del entorno europeo, a pesar de los esfuerzos y avances que se han producido. Cabe constatar, en este sentido, la centralidad de la lucha por la igualdad entre mujeres y hombres como valor sobre el que se fundamenta la Unión Europea y como uno de los principios rectores que deben guiar toda la actividad desplegada por las instituciones que la conforman¹⁸⁴. Una previsión reforzada por el artículo 23 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea que prescribe que “(l)a igualdad entre hombres y mujeres será garantizada en todos los ámbitos, inclusive en materia de empleo, trabajo y retribución”.

Dentro de este marco —que lógicamente se proyecta sobre el ordenamiento jurídico español— se vienen desarrollando desde hace años muy diversas iniciativas, más o menos ambiciosas, como el reciente *Compromiso estratégico para la igualdad de género 2016-2019*¹⁸⁵. Sin ánimo de entrar en su contenido, no está de más subrayar que contiene un amplio elenco de actuaciones dirigidas a paliar, en-

tre otros graves problemas, una fuerte “disparidad entre sexos en el mundo laboral”¹⁸⁶ reflejada en una insuficiente participación de la mujer en el mercado de trabajo y en marcadas diferencias en materia de retribuciones y protección social. Por eso, aunque en absoluto puede decirse que no se hayan producido avances en las últimas décadas¹⁸⁷, lo cierto es que se constata que queda todavía un larguísimo camino que recorrer.

Por otro lado, resulta indudable que la discriminación que sufren las mujeres en el mercado de trabajo (brecha salarial, sobrerrepresentación femenina en el trabajo a tiempo parcial, en puestos vinculados a los roles tradicionalmente femeninos —sector servicios— y en trabajo no remunerado —tareas domésticas y cuidados a familiares—)¹⁸⁸ es uno de los factores que explican la peor posición que ocupan dentro de la Seguridad Social. Pero no debe pasarse por alto que es también la propia articulación jurídica del sistema la que penaliza a las mujeres a través de una acción protectora más limitada, también en materia de desempleo. De ahí que resulte imprescindible una actuación conjunta en los dos planos (el laboral y el específico de protección social), siendo eso sí conscientes de que el ritmo de corrección de las debilidades y desequilibrios es distinto.

3. EJES EXPLICATIVOS DE LA PEOR POSICIÓN DE LAS MUJERES EN EL SISTEMA DE PROTECCIÓN POR DESEMPLEO

Dejando a un lado los problemas de discriminación existentes en el mercado de trabajo —cuyo análisis excede el objeto de este trabajo—, las principales razones que explican que la protección de las mujeres desempleadas sea menor en España que

¹⁸⁴ Véanse los artículos 2 y 3.3 del Tratado de la Unión Europea, así como el artículo 8 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

¹⁸⁵ COMISIÓN EUROPEA, *Compromiso estratégico para la igualdad entre mujeres y hombres 2016-2019*, Luxemburgo: Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, 2016, disponible en http://ec.europa.eu/justice/gender-equality/document/files/strategic_engagement_en.pdf. Como antecedente, véanse las acciones contempladas en la *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 21 de septiembre de 2010, titulada “Estrategia para la igualdad entre mujeres y hombres 2010-2015”* [COM(2010) 491 final – no publicada en el Diario Oficial], disponible en <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=URISERV:em0037&from=ES>

¹⁸⁶ COMISIÓN EUROPEA, *Compromiso estratégico...*, op. cit., p. 10.

¹⁸⁷ Tales acciones han permitido la consecución de ciertos logros como el aumento de la tasa de empleo femenina en la UE que alcanza un máximo nivel histórico en 2015 (con un 64,5%) [COMISIÓN EUROPEA, *Report on equality between women and men 2015*, Publications Office of the European Union, Luxemburgo, 2016, p. 10, disponible en http://ec.europa.eu/justice/gender-equality/files/annual_reports/160422_annual_report_en.pdf].

¹⁸⁸ COMISIÓN EUROPEA, *Compromiso estratégico...*, op. cit., pp. 7-9.

la que reciben los hombres pueden ser presentadas en tres ejes fundamentales.

3.1. El sesgo estructural del sistema como principal eje discriminatorio

En primer lugar, puede identificarse un sesgo estructural del sistema que como tal deriva su propia configuración, y que supone un peor tratamiento de las trayectorias de cotización y de las actividades típicamente femeninas a efectos de acceso y disfrute de las prestaciones por desempleo.

Cabe comenzar por subrayar que el diseño del sistema de protección por desempleo está claramente presidido por una lógica contributiva que dificulta el disfrute de la prestación a aquellas personas con más dificultades para acceder al mercado de trabajo en condiciones de estabilidad y con niveles salariales aceptables. Más allá incluso de esta dependencia de la cotización, llama la atención que el peso de la contributividad condicione también la acción protectora del nivel asistencial (en verdad, un nivel 'semicontributivo')¹⁸⁹ y de los apéndices ordinario (renta activa de inserción) y extraordinarios (Programa Prepara y Programa de Activación para el Empleo), produciéndose así el desamparo de un número importante de desempleados, mayoritariamente mujeres¹⁹⁰.

Además, desde esta lógica fuertemente contributiva el sistema de protección por desempleo prima las carreras de cotización más 'típicas' que corresponden habitualmente a los hombres, pues la observancia de los requisitos derivados de dicho patrón contributivo se da con mayor facilidad en las carreras masculinizadas. Dicho de otra forma, concurren diversos condicionantes negativos para las mujeres en el acceso efectivo a este tipo de prestaciones que derivan de sus más irregulares trayectorias en el mercado de trabajo¹⁹¹. Sin ánimo exhaustivo, estos condicionantes que reflejan un mayor riesgo de 'atipicidad' son los siguientes.

— Un factor determinante es, sin duda, la baja tasa de actividad femenina (53,6%)¹⁹², casi 12 puntos porcentuales inferior a la de los hombres. Aunque históricamente este indicador ha evolucionado al alza —en particular, durante los primeros años de crisis económica—, a partir de 2011 se aprecia una ralentización (hoy el nivel de actividad es el mismo que en ese año), seguramente relacionado con el mayor impacto que tiene en las mujeres el 'efecto desánimo'¹⁹³. Parece, así pues, volver a estabilizarse el desfase existente entre hombres y mujeres, una clara manifestación de dependencia económica.

— A pesar de ese nivel más bajo de actividad, el número de desempleadas es más alto que el de parados (masculinos): durante los años de crisis, y como consecuencia del estallido de la burbuja inmobiliaria, hubo más hombres desempleados en términos absolutos, al contrario de lo que había sido la regla hasta ese momento. A partir del cuarto trimestre de 2015, vuelven a ser más numerosas las desempleadas. Ello explica que se abra de nuevo una brecha en la tasa de desempleo: 20,6% en el caso de las mujeres, tres puntos superior a la que corresponde a los hombres.

Este desequilibrio es aún más marcado si atendemos a los datos de paro registrado. Así, en noviembre de 2016, más del 56% de personas paradas eran mujeres (2,1 millones del total de 3,8 millones)¹⁹⁴. Este dato —unido al que revela que la población ocupada femenina es inferior en 1,7 millones a la masculina— estaría poniendo de manifiesto una mayor inestabilidad laboral. En concreto, el hecho de que un 51,2% de las altas en prestación contributiva por despido individual correspondan a mujeres revelaría una mayor vulnerabilidad de las trabajadoras frente al despido¹⁹⁵.

¹⁸⁹ MONERERO PÉREZ, J.L. "El sistema español de protección por desempleo: eficacia, equidad y nuevos enfoques", en: AA.VV. *La protección por desempleo en España. XII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, Laborum, Murcia, 2015, p. 201.

¹⁹⁰ No por casualidad el 55,3% de los perceptores de subsidios asistenciales por reunir un período de cotización insuficiente para acceder a la prestación contributiva afectaba a mujeres [Fuente: SEPE, agosto de 2016.]

¹⁹¹ Lo mismo sucede en el caso del Seguro de Cesantía en Chile. La cobertura de las mujeres desempleadas solo alcanza al 19,3% frente al 36,8% de los hombres parados (VELÁSQUEZ PINTO, M.D. "Análisis de...", *op. cit.*, p. 29).

¹⁹² Fuente: INE, *Encuesta de Población Activa* (tercer trimestre de 2016).

¹⁹³ CES, *Informe sobre la participación laboral de las mujeres en España*, CES, Madrid, pp. 40-41.

¹⁹⁴ Fuente: Servicio Público de Empleo Estatal (www.empleo.gob.es).

¹⁹⁵ Fuente: Servicio Público de Empleo Estatal (www.empleo.gob.es). Datos correspondientes a agosto de 2016.

Otra de las desventajas que sufren las mujeres tiene que ver con su mayor presencia en las actividades de economía sumergida. Aquí se incluyen, como mejor ilustración, la prostitución y otras actividades ligadas al comercio del sexo¹⁹⁶. Pero también deben mencionarse por su indiscutible relevancia los trabajos familiares —definidos por el Estatuto de los Trabajadores a efectos de su exclusión del ámbito de aplicación de esta norma en el artículo 1.3, e)—, que son desempeñados dentro de una explotación familiar (habitual en la agricultura, pesca, comercio...) de la que generalmente no son titulares las mujeres que aportan su trabajo sin reconocimiento —o un reconocimiento limitado— de sus derechos¹⁹⁷.

- Las condiciones de empleo y de trabajo también reflejan una mayor precariedad, vulnerabilidad, de las mujeres. El problema de la temporalidad¹⁹⁸ —en muchos casos injustificada— les afecta más intensamente (27,2%, un punto más que los hombres) por mucho que la crisis económica y el drástico ajuste en términos de empleo provocara un estrechamiento de la diferencia entre sexos que ahora parece volver a abrirse. Mucho más evidente es el contraste en el trabajo a tiempo parcial: casi tres de cada cuatro personas con este tipo de contrato (73,6%) son mujeres, con lo que ello implica a efectos de remuneración y de consiguiente (infra)cotización¹⁹⁹. No debe extrañar por ello que el número de beneficiarios con prestación contributiva por desempleo parcial —sea porque provengan de una relación laboral a tiempo parcial, sea porque se compatibilice la prestación con un empleo a tiempo parcial— corresponda en un 75%

de los casos a mujeres y tan sólo un 25% a hombres²⁰⁰.

En esta línea cabe enmarcar también la significativa y persistente brecha salarial (diferencia en el salario promedio anual) entre hombres y mujeres, que supera en la actualidad el 23%. En la misma línea alarmante, se constata que un 55% de las trabajadoras tienen un nivel de ingresos inferior a dos veces el salario mínimo interprofesional (casi un 19% no llega al umbral del SMI)²⁰¹.

- Por último, cabe también mencionar en este punto que las mujeres se ven perjudicadas por un diseño normativo de la cobertura por desempleo que deliberadamente excluye una actividad laboral [artículo 251.1, d) TRLGSS], la desempeñada como empleadas de hogar²⁰², que se caracteriza por su fuerte feminización: no sólo porque casi el 90% de quienes desarrollan estas tareas son mujeres, sino porque representan un significativo 7% de la población total femenina ocupada²⁰³

Mención aparte merece la falta de reconocimiento ('productivo') de las actividades de cuidados a dependientes (hijos y mayores) y de apoyo a la familia, en general, que protagonizan casi de forma exclusiva las mujeres. Esta invisibilidad de tareas que resultan imprescindibles para el desarrollo de la economía productiva genera un grave perjuicio, pues les expulsa del mercado laboral o limita su participación en éste; pero además el que se trate de actividades fuertemente feminizadas refuerza los roles de género y estereotipos de la sociedad que resulta muy difícil de combatir.

¹⁹⁶ Sobre la insuficiencia protectora ante el desempleo de los trabajadores temporales véase el interesante análisis de: MALDONADO MOLINA, J.A. "La protección por desempleo de los trabajadores precarios" [AA.VV. (Asociación Española de Salud y Seguridad Social) *La protección por desempleo en España, Laborum*, Murcia, 2015, pp. 725].

¹⁹⁷ Fuente: INE, *Encuesta de Población Activa* (tercer trimestre de 2016).

¹⁹⁸ LAGO PEÑA, M. "Análisis gráfico: Recorte en la protección por desempleo en España", Cuadernos de acción sindical, octubre de 2015, Confederación Sindical de CCOO, p. 11.

¹⁹⁹ Fuente: *Encuesta de Estructura Salarial 2014* (INE), noviembre de 2016.

²⁰⁰ La naturaleza laboral de la relación es indiscutible por mucho que se caracterice y regule como relación laboral de carácter especial. Véase el Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre, por el que se regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar. Pese a que la Disposición Adicional 2ª de esta norma instaba al Gobierno a elaborar un "acerca de la "... viabilidad de establecer un sistema de protección por desempleo adaptado a las peculiaridades de la actividad del servicio del hogar familiar que garantice los principios de contributividad, solidaridad y sostenibilidad financiera", tal compromiso no se llegó a cumplir. Hoy este tipo de actividad da lugar a la inclusión en el Sistema especial para empleados de hogar dentro del Régimen General (artículos 250 ss. TRLGSS).

²⁰³ Según los datos de la EPA (INE) correspondientes al segundo trimestre de 2016, 630.300 personas realizaban esta actividad, de las cuales 561.500 eran mujeres que representaban el 6,7% del total de ocupadas.

Datos ilustrativos de esta injusta realidad son la alta proporción de mujeres cuya inactividad responde a la atención de las labores del hogar (alrededor de un 90% del total de inactivos por esta causa²⁰⁴), a los cuidados de personas dependientes (95%) y a otras responsabilidades familiares o personales (93%). Y este protagonismo femenino en los cuidados se proyecta también sobre el mercado laboral. Así, entre la población ocupada, el porcentaje de mujeres que disfrutan de excedencias para el cuidado de hijos y familiares es abrumadoramente superior al de los hombres: 93,3% y 84,6% en 2015, respectivamente. En la misma línea, la proporción de mujeres empleadas a tiempo parcial por razón de cuidado de personas dependientes o por otras responsabilidades familiares es también muy elevada (95,3% y 92,3%, respectivamente)²⁰⁵.

Dentro de un sistema de protección social esencialmente contributivo, el desarrollo de este tipo de tareas 'invisibles' sitúa a muchas mujeres en una posición de evidente subordinación y vulnerabilidad con todas las implicaciones que ello tiene. Centrando la atención en los cuidados, cabe constatar desde una perspectiva general que existen algunas prestaciones familiares de naturaleza contributiva que, de forma modesta, vienen a paliar las lagunas e insuficiencias de cotización (una parte del problema) a través del reconocimiento del tiempo dedicado a tareas de cuidado como periodo cotizado. Dejando a un lado el complemento por maternidad en las pensiones contributivas (artículo 60 TRLGSS), lo más destacable son las tímidas medidas de lo que la LGSS denomina "protección de la familia"²⁰⁶.

La más importante es la prestación familiar 'contributiva' prevista en el artículo 237 TRLGSS, en virtud del cual, que se reconoce "... la consideración de período de cotización efectiva" a "los períodos de hasta tres años de excedencia que los trabajadores [...] disfruten en razón del cuidado de cada hijo o menor en régimen de acogimiento permanente o de guarda con fines de adopción" (apartado 1) y "de otros familiares, hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad" que cumplan ciertos requisitos de incapacidad y dependencia económica (apartado 2). En idéntica línea, el mismo precepto extien-

de esta fórmula de cobertura a los períodos de reducción de jornada para el cuidado de menores y de familiares al amparo del artículo 37.6 ET: las cotizaciones abonadas durante ese tiempo "se verán incrementadas hasta el 100 por cien de la cuantía que hubiera correspondido" durante un mayor o menor período según se trate de menores o de otros familiares (apartado 3). Y, por último, se contemplan igualmente beneficios por cuidado de hijos o menores que se articulan como periodos cotizados (hasta un máximo de 270 días por hijo) para dar protección a situaciones de interrupción 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 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 problema, común a las tres previsiones mencionadas, es que el reconocimiento de los periodos de cotización 'ficticia' se aplica al grueso de las contingencias protegidas (jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, maternidad y paternidad; junto a riesgo durante el embarazo, riesgo durante la lactancia natural e incapacidad temporal, en el supuesto de reducción de jornada y de beneficios por cuidados), excluyendo en los tres casos la protección por desempleo: por omisión, en los dos primeros casos (apartados 1 y 3 del artículo 237 TRLGSS); y de forma explícita en el último de ellos en el que se proclama que "(l)os periodos computables en concepto de beneficios por cuidado de hijos o menores acogidos se aplicarán a todas las prestaciones, excepto a las prestaciones y subsidios por desempleo..."²⁰⁷.

3.2. El agotamiento del sistema ante el paro de larga duración como segundo eje (indirecto)

Un segundo eje explicativo del peor tratamiento recibido por las mujeres en el sistema de protección por desempleo tiene que ver, de forma indirecta, con la incapacidad de dicho sistema para dar una

²⁰⁴ Fuente: INE, *Encuesta de Población Activa* (tercer trimestre de 2016).

²⁰⁵ Fuente: Instituto de la Mujer a partir de datos EPA (INE).

²⁰⁶ GRAU PINEDA, C. – RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, S. *Conciliación y Seguridad Social. La brecha de género en el sistema de pensiones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 40 ss.

²⁰⁷ Artículo 6.4 del *Real Decreto 1716/2012, de 28 de diciembre, de desarrollo de las disposiciones establecidas, en materia de prestaciones, por la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de la Seguridad Social*.

respuesta adecuada a situaciones de paro masivo y enquistado, que se prolongan en el tiempo dificultando extraordinariamente la reinserción de las personas desempleadas afectadas. Este agotamiento del modelo pone de manifiesto la existencia de insuficiencias relacionados con la propia articulación jurídica de la acción protectora (problemas endógenos), al tiempo que se agrava como consecuencia de una orientación de la política económica que prima la reducción del déficit público sacrificando el empleo y su calidad²⁰⁸. Lo que aquí interesa destacar es que las principales víctimas de esta creciente desprotección son, de nuevo, las mujeres.

Ya hemos visto que a pesar de que la tasa de actividad femenina es sensiblemente inferior a la masculina el número (absoluto) de desempleadas es mayor que el de trabajadores parados, algo que se refleja en una significativa diferencia de tres puntos porcentuales en la tasa de desempleo. Lo llamativo es que, si las mujeres paradas representan un 50,8% de la población total sin empleo, la proporción de paradas se incrementa al 52,3% cuando tomamos como referencia el paro de larga duración (más de un año en desempleo)²⁰⁹. Cabe observar que el desequilibrio en detrimento de las mujeres es aún más claro si tomamos como referencia las personas paradas en edades comprendidas entre los 30 y 50 años, pues en tal caso las mujeres representan el 56,4% del total²¹⁰. Además, hay que hacer notar que la crisis económica que estalla en 2008 provocó una fuerte caída del porcentaje de desempleadas de larga duración: pasamos de tasas superiores al 60% antes de aquel año a porcentajes en el entorno del 45% desde 2010. El ajuste de empleo masculino ligado al sector inmobiliario, característico de la primera fase de la crisis, explica esta evolución que empieza a corregirse en 2013, momento en el que vuelve a crecer la proporción de mujeres que llevan más de un año sin encontrar un empleo.

Lo cierto es que este enquistamiento de las situaciones de desempleo que afecta de forma más intensa a las mujeres tiene efectos negativos graves. De un lado, se ven más expuestas al riesgo de agotar las distintas prestaciones y subsidios existentes; así lo revelan las altas en el nivel asistencial motivadas por el agotamiento de la prestación contributiva pertenecía a mujeres (53,4% son mujeres), el número de perceptores de la renta mínima de inserción (52%) y, en particular, el número de participantes en el Programa de Activación para el Empleo (64%). Por otro lado, más allá de la (des)protección económica ante el desempleo, es evidente que esta situación dificulta la reincorporación al mercado laboral ante la posible obsolescencia de las competencias y capacitaciones profesionales. En este sentido, la evolución descrita parece poner de manifiesto la falta de eficacia de las políticas activas de empleo dirigidas a las mujeres, pese a encontrarse entre los colectivos prioritarios en el desarrollo de la Estrategia Española de Activación para el Empleo²¹¹.

3.3. Los recortes de 2012 y 2013 como tercer eje de discriminación

El bienio 2012-2013 se caracterizó por la concentración de 'reformas' estructurales de calado en el ámbito sociolaboral. La protección por desempleo no fue una excepción a pesar de que también en este periodo se impulsaran medidas de naturaleza extraordinaria que extendieron, siquiera modestamente, la acción protectora (Programa de Activación para el Empleo como mejor ilustración). En concreto, la suma de (pequeños) recortes normativos que afectan a los niveles contributivo y asistencial²¹² van a conformar una reforma 'invisible' que responde a tres principios inspiradores²¹³: la reducción de la partida de gasto dedicada a la protección económica del desempleo, la apuesta por una salida del paro a cualquier precio, y el reforzamiento del control y de las sanciones.

²⁰⁸ Ampliamente sobre esta evolución: SUÁREZ CORUJO, B. "El colapso de la protección por desempleo en tiempos de crisis", *Derecho de las relaciones laborales*, nº 7, 2016, pp. 655 ss.

²⁰⁹ Fuente: INE, *Encuesta de Población Activa* (segundo trimestre de 2016).

²¹⁰ Fuente: INE, *Encuesta de Población Activa* (segundo trimestre de 2016).

²¹¹ Artículos 2, d) y 4bis de la Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo. Sobre este particular: PERÁN QUESADA, S. "Género y políticas de empleo" [en: AA.VV. (dir. J.L. MONEREO PÉREZ) *Las políticas activas de empleo: Configuración y estudio de su regulación jurídica e institucional*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), pp. 779 ss.].

²¹² Se trata, fundamentalmente, del *Real Decreto-ley 20/2012, de 13 de julio, de medidas para garantizar la estabilidad presupuestaria y de fomento de la competitividad* (artículos 17 ss.); *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* (Disposición Final 1ª) y *Real Decreto-ley, de 2 de agosto, para la protección de los trabajadores a tiempo parcial y otras medidas urgentes en el orden económico y social* (artículos 6 ss.).

²¹³ De nuevo: SUÁREZ CORUJO, B. "El colapso...", *op. cit.*, p. 663.

A la vista de esas directrices, cabría pensar que los recortes son neutros en términos de género. Bien al contrario, puede afirmarse que han afectado en mayor medida a las mujeres amplificando con ello las desigualdades ya existentes. Los aspectos más destacables son los siguientes.

Junto al recorte de la cuantía de la prestación a partir del sexto mes²¹⁴, no cabe duda de que lo más relevante son los recortes que afectan a la protección por desempleo de quienes trabajan a tiempo parcial que, como ya se ha apuntado, mayoritariamente (tres cuartas partes) son mujeres. Por un lado, hay que señalar el refuerzo de la contributividad de la acción protectora en búsqueda de una mayor proporcionalidad entre las cotizaciones realizadas y la cuantía de la prestación²¹⁵. Unido a otros problemas que no se corrigen —como la infraprotección de los trabajadores a tiempo parcial ‘vertical’ (quienes concentran en un número reducido de días las horas de trabajo)—, esta mayor exigencia repercute negativamente en la cuantía de la prestación contributiva. Además, los ajustes restrictivos también afectan a la cuantía del subsidio asistencial en caso de pérdida de trabajo a tiempo parcial. En particular, frente al reconocimiento de la cuantía ordinaria (80% del IPREM), desde 2012 se percibe un monto que es calculado de forma proporcional a las horas previamente trabajadas²¹⁶.

Otra de las modificaciones con un significativo impacto negativo en la cobertura por desempleo es el duro ajuste sufrido en 2012 por el subsidio para mayores de 55 años. Algunos aspectos en particular afectan en particular a las trabajadoras desempleadas²¹⁷. Es el caso de la reconfiguración del requisito de carencia de rentas sustituyendo un criterio de dimensión individual por una más restrictiva vinculación a la unidad familia²¹⁸, el cual es más probable que perjudique a un mayor número de mujeres dada la más habitual subordinación económica de

éstas en las parejas de esa edad. También cabe referirse a la reducción de la cotización de la entidad gestora por la contingencia de jubilación (rebaja de la base de cotización del 125% al 100% de la base mínima vigente), una medida que ha de perjudicar más a aquellas personas con trayectorias laborales más cortas, irregulares y con percepciones salariales más bajas.

Igualmente, debe mencionarse que el endurecimiento de los requisitos formales de acceso (inscripción como demandante de empleo) y mantenimiento de la prestación (en salidas al extranjero) tiene una mayor incidencia en las mujeres en la medida en que el número de paradas registradas supera en casi medio millón el de hombres.

4. LA DESPROTECCIÓN DE LAS DESEMPLEADAS: PRESENTE Y (NEGRAS) PERSPECTIVAS

La confluencia de estos tres ejes ofrece como resultado un deterioro de la acción protectora que reciben las trabajadoras desempleadas en España. Es cierto que a primera vista podría pensarse que la posición relativa de las mujeres respecto de los hombres ha mejorado, dado que de los casi dos millones (1,92) de beneficiarios totales ligeramente algo más de la mitad son mujeres (50,4%)²¹⁹. De hecho, a lo largo de los últimos años las desempleadas beneficiarias de prestaciones/subsidios han pasado de representar en el nivel contributivo un 39% en 2010 al actual 50,4%, al tiempo que, de forma menos marcada pero también al alza, refuerzan su posición en el nivel asistencial subiendo del 46,8% al 50,2% en idéntico periodo.

Sin embargo, esta mejora relativa poco tiene que ver con un incremento de la protección. Más bien es el reflejo de la evolución de la crisis y su

²¹⁴ El tipo aplicable se mantiene en el 70% durante los seis primeros meses reduciéndose a partir de ese umbral temporal al 50% (antes 60%). En términos comparados dentro el ámbito iberoamericano, ese tipo es en general más generoso. En Chile, por ejemplo, el seguro de cesantía representa un 70% el primer mes, pero baja al 55% el segundo, al 45% el tercero y al 30% en el quinto. De forma similar, en Uruguay el tipo se fija en 66% el primer mes y desciende al 57, 50, 45, 42 y 40%, sucesivamente.

²¹⁵ PÉREZ DEL PRADO, D. *La compatibilidad del trabajo con la protección por desempleo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 47 ss.

²¹⁶ Artículo 278.1 TRLGSS.

²¹⁷ GALA DURÁN, C. “Análisis crítico de la protección por desempleo de los trabajadores de mayor edad como vía de transición hacia la jubilación”, en: AA.VV. *La protección por desempleo: XII Congreso Nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, Laborum, Murcia, 2015, p. 279

²¹⁸ No basta con que el solicitante carezca de rentas superiores al 75% del SMI, sino que además se exige que la suma de las rentas de todos los integrantes de la unidad familiar, incluido el solicitante, dividida por el número de miembros que la componen, no supere ese mismo 75% del SMI, excluida la parte proporcional de dos pagas extraordinarias (artículo 275.4 TRLGSS).

²¹⁹ Fuente: Servicio Público de Empleo Estatal (www.empleo.gob.es), octubre 2016.

impacto sobre los trabajadores (masculinos). Así, la fortísima destrucción de empleo de la primera recesión (2008-2009) afectó de forma más intensa a los hombres (mayoritarios en el sector de la construcción), lo que explica el intenso crecimiento de este colectivo en el sistema de protección por desempleo. En la segunda parte de la crisis y en la poscrisis (recuperación con persistentes altas tasas de desempleo), los hombres consiguen salir del paro con mayor facilidad²²⁰ lo que explica que ahora sólo el 44% de las personas paradas registradas sean hombres.

Por eso hay que denunciar el agravamiento de la precaria posición de las mujeres (también) en el sistema de protección por desempleo que se produce en paralelo a la evolución —menos favorable a las mujeres— del mercado de trabajo. Dos indicadores así lo ponen de manifiesto.

Por un lado, se constata un fuerte deterioro de la cobertura. Ciertamente este debilitamiento de la acción protectora es común a ambos sexos, como demuestra la alarmante caída de la tasa de cobertura general en los últimos años, desde el 78,4% en 2010 al 54,1% en la actualidad²²¹. El problema para las mujeres es que su posición relativa es peor de forma constante, pues este indicador siempre es inferior para ellas respecto de los hombres desempleados en alrededor de 6 puntos²²². Así, el número de beneficiarias de prestaciones/subsidios por desempleo se ha reducido, desde 2012, un 29% en el nivel contributivo y un 24% en el asistencial²²³.

Por otro lado, la calidad de la protección también se resiente. Se aprecia un claro sesgo desde esta perspectiva reflejado en que las mujeres son

mayoritarias en los niveles de protección más precarios (PRAE, RAI, renta agraria y subsidios de trabajadores eventuales agrarios)²²⁴. Pero, además, la imparable caída de la cuantía media de las prestaciones contributivas desde 2012 afecta de forma más intensa a las desempleadas en la medida en que es para ellas alrededor de un 20% inferior²²⁵.

Como reflexión final, cabe advertir sobre las sombrías perspectivas para las mujeres en el sistema de protección social, en general, y de desempleo, en particular. La ‘salida’ de la crisis, el escenario de poscrisis en el que nos encontramos, pone de manifiesto de forma cada vez más clara que las (mal llamadas) reformas estructurales que se han llevado a cabo en los últimos años —fundamentalmente en 2012 y 2013— no sólo no han servido para corregir los problemas y debilidades más enquistadas del modelo de protección por desempleo y del mercado de trabajo sobre el que pivota. Sino que, más bien, han agravado muchas de estas insuficiencias con el consiguiente impacto negativo en bienestar social.

Una de las caras más dramáticas en este ámbito es la brecha de género. Todo parece indicar que la posición de las mujeres ha salido mal parada de los devastadores años de crisis. Pese a que en términos relativos el impacto especialmente negativo recayó sobre los hombres en el inicio, las diferencias entre sexos han ido poco a poco recomponiéndose. Hoy la situación de las mujeres respecto de los hombres resulta cada vez más parecida a la existente antes de la crisis, lo que implica para ellas una mayor vulnerabilidad de las mujeres ante el desempleo y unas proyecciones desoladoras en materia de igualdad y empleo.

²²² CCOO, “Análisis gráfico: Recorte en la protección por desempleo en España”, *Cuadernos de Acción Sindical*, octubre 2015, p. 10. En agosto de 2016 esa diferencia era incluso mayor: mientras que el 59,8% de los hombres parados percibían algún tipo de prestación, el porcentaje de las mujeres paradas receptoras de prestación era tan sólo del 51,4%

²²³ Fuente: Servicio Público de Empleo Estatal (www.empleo.gob.es).

²²⁴ En agosto de 2016, el porcentaje de mujeres receptoras de estos programas era: 64,3% en el Programa de Activación para el Empleo; 51,9% en la Renta Activa de Inserción; 66,1% en subsidio de eventuales agrario y 53,3% en renta agraria. (Fuente: SEPE).

²²⁵ En julio de 2015, el importe medio de la prestación contributiva de las mujeres ascendía a 703 euros, muy inferior a la prestación media masculina, 869 euros. *Vid.* CCOO, “Análisis gráfico: Recorte...”, *op. cit.*, p. 11.

8. PROTECCIÓN SOCIAL DEL TRABAJO EN EL HOGAR, EL CASO ECUATORIANO

SOCIAL PROTECTION WORK AT HOME, THE ECUADORIAN CASE

Dra. Elisa Lanas M. Universidad Andina Simón Bolívar

elisa.lanas@uasb.edu.ec

Resumen: La Constitución ecuatoriana reconoce todas las modalidades de trabajo, incluidas las de autosustento y cuidado humano, y a sus actores como entes productivos. Por otro lado, Ecuador es uno de los suscriptores del Convenio No. 189 de la OIT Sobre el trabajo decente para las trabajadoras y los trabajadores domésticos. Frente a estos compromisos, el país ha realizado importantes esfuerzos por incorporar a la seguridad social a las personas que realizan trabajo doméstico, tanto remunerado como no remunerado, sin embargo, todavía hay que mejorar esos niveles de protección, y por otro lado, hay que pensar en medidas compensadoras de la desaceleración de contratación de trabajadoras domésticas, debido, entre otras razones, a los mejores niveles de protección alcanzados.

Palabras clave: trabajo, hogar, trabajo doméstico, protección social

SUMARIO: 1. Situación del trabajo doméstico en Ecuador. 2. Reconocimiento del trabajo doméstico por parte de la Constitución ecuatoriana. 3. La protección social en Ecuador. 3.1. Protección social del trabajo en el hogar.

1. SITUACIÓN DEL TRABAJO DOMÉSTICO EN ECUADOR

Al hablar de trabajo doméstico o trabajo en el hogar, debemos tener presentes dos realidades distintas. En el primer caso nos referimos a las actividades que realiza un miembro de familia, generalmente mujer, relativas al cuidado humano y a las actividades domésticas, actividades por las cuales no obtiene ninguna retribución porque lo hace como parte de su aporte personal a esa familia, estas actividades se conocen como reproductivas. En el segundo caso, las mismas actividades son realizadas

Abstract: *The Ecuadorian Constitution recognizes all forms of work, including self-sustaining and human care, and its actors as productive entities. On the other hand, Ecuador is one of the subscribers to ILO Convention No. 189 on Decent Work for Domestic Workers. In the face of these commitments, the country has made important efforts to incorporate people who do domestic work, both paid and unpaid, into the social security. However, these levels of protection have yet to be improved, and on the other hand, it is necessary to think of measures to compensate the deceleration of hiring domestic workers, due, among other reasons, to the better levels of protection achieved.*

Keywords: *work, home, domestic work, social protection*

por un tercero, generalmente mujer, a cambio de las que se recibe una retribución económica. Por sus características, las de generar bienestar, pero no un bien o servicio que se pueda vender en el mercado, suele haber cierta reticencia a considerarlas productivas en estricto sentido, lo cual, como veremos, ha perjudicado su valoración y la protección que se da a quienes se dedican a estas actividades.

Las responsabilidades de cuidado se relacionan con la atención, alimentación, cuidado y ayuda en las tareas escolares de niños y jóvenes, también se refieren a la atención, alimentación y cuidado

de parientes de la familia, como adultos mayores o personas con algún tipo de necesidad especial. Las actividades domésticas, en cambio, se refieren al arreglo de la casa, compra de alimentos y otros bienes que se requieren en el hogar, arreglo de ropa y preparación de alimentos.

Estas actividades, por el número de horas que significan para quienes las realizan, y además por ser de obligatorio cumplimiento, y por las repercusiones en el bienestar familiar, deberían ocupar un sitio especial en la atención de oficinas internacionales y de los Estados, toda vez que, al ser la familia el núcleo de la sociedad, de valorizarse apropiadamente dichas actividades y de recompensarse y protegerse a quien las realiza, sea este un miembro de la familia o un tercero, se obtendría resultados muy positivos en la sociedad, al adquirir conciencia de la importancia que dichas actividades tienen en el desarrollo de las personas y sociedades.

Paradójicamente, las sociedades modernas no realizan tal reconocimiento, a tal punto que el derecho laboral, desde un enfoque muy reducido, considera trabajo, únicamente las actividades realizadas por cuenta ajena y encaminadas a producir bienes o prestar servicios para luego intercambiarlos en el mercado; dejando fuera todas las actividades de cuidado, domésticas y de autosustento.

Efectivamente, el concepto de trabajo que impera en la sociedad actual, lo define como la actividad productora de riqueza en el sentido mercantil, riqueza que cuenta exclusivamente con todo aquello que puede ser valorado monetariamente en el mercado; por tanto, sólo sería trabajo aquella actividad que se realiza con la expectativa de una remuneración²²⁶. Esta visión atenta contra la coherencia interna del concepto de trabajo, en la medida en que quedan fuera de esta definición una serie de actividades concretas que producen valor de uso, y por tanto riqueza que no es productiva, como son las tareas domésticas y de reproducción de la vida; e incluso pone en entredicho que las labores domésticas realizadas por quien no es miembro de la

familia, puedan ser consideradas plenamente con características de productividad.

A partir de esta realidad, la incorporación masiva de las mujeres al trabajo asalariado, no ha redefinido la esfera privado-doméstica, ni ha supuesto que se deje de identificar esfera doméstica con mujer, pues las necesidades siguen configuradas del mismo modo, y quien está encargado de satisfacerlas es un sujeto femenino.

En efecto, en el imaginario social, la feminización del trabajo doméstico y de los cuidados se naturaliza, a tal punto que parece responder a la identificación a la que apunta la autora Soledad Murillo²²⁷ en la que lo doméstico es igual a mujer.

Adicionalmente, como lo sostiene la autora vasca Matxclalen Legarreta,²²⁸

(e)l tiempo en el ámbito doméstico tiene un fuerte componente moral y una densa carga emocional, que si muchas veces se vive como una experiencia (muy) satisfactoria, se conjuga con sentimientos cruzados de sacrificio y culpabilidad, derivados del incumplimiento de expectativas tanto en el ámbito laboral como en la vida personal y familiar.

Paradójicamente, como lo advierte Teresa Torns²²⁹, las tareas domésticas y de cuidado de las personas que llevan a cabo las mujeres de la familia a lo largo de todo su ciclo de vida, no suelen ser consideradas como trabajo, a no ser que las realicen terceros (empleadas de hogar).

Efectivamente, el trabajo de hogar que no es realizado por un familiar, es realizado por una tercera persona a cambio de una remuneración. Este trabajo, no obstante, pese a su importancia, no es valorado en igual medida que el que se desempeña en una fábrica o en una tienda, sino que arrastra consideraciones de infravaloración y cierto desprecio hacia quien lo realiza. En el caso ecuatoriano, este fenómeno tiene, además de los componentes propios del género, otros elementos que tienden a perpetuar su baja apreciación.

²²⁶ JOSÉ A. NOGUERA, *La Transformación del Concepto de Trabajo en la teoría social*, Tesis Doctoral, Departamento de Sociología, Universidad Autónoma de Barcelona, 1998, págs. 275 – 276.

²²⁷ Soledad Murillo, "Espacio doméstico: el uso del tiempo" en *El espacio según el género ¿un uso diferencial?*, Madrid, Comunidad de Madrid, 1995, p. 134.

²²⁸ Matxclalen Legarreta, "El tiempo donado en el ámbito doméstico. Reflexiones para el trabajo doméstico y los cuidados", en *Cuadernos de Relaciones Laborales*, vol. 26, No. 2, 2008, p. 63.

²²⁹ Teresa Torns, "De la imposible conciliación a los permanentes malos arreglos" en *Cuadernos de Relaciones Laborales*, Vol. 23 N. 1, año 2005, Universidad Complutense de Madrid, p. 18.

El sistema colonial que duró aproximadamente tres siglos, produjo drásticas transformaciones a nivel económico y social. Aunque inicialmente intentó poner en vigencia un cuerpo de normas que buscaba conciliar políticas proteccionistas con el objeto de aprovechar racionalmente la mano de obra indígena, a la larga las prácticas concretas de los conquistadores y las propias necesidades de la economía colonial se tradujeron en la sobreexplotación de los pueblos originarios a través de impagables cargas tributarias y de trabajos forzados, y en una sistemática ocupación de sus tierras²³⁰.

Una vez que las ex colonias lograron su emancipación respecto de la metrópoli, esto no significó ningún adelanto respecto de las condiciones de explotación en que se encontraban los indígenas, puesto que la propiedad de la tierra dividida en grandes latifundios en manos de los terratenientes permaneció en su mismo poder.

En este escenario, el trabajo doméstico se realizó tradicionalmente de forma gratuita por parte de mujeres indígenas que, dentro de la división del trabajo por género, debían hacerse cargo del cuidado de los dueños de las tierras y de sus familias, siendo esta su contribución a cambio de que se les permita permanecer en esas tierras. Incluso en la actualidad, sobre todo en zonas donde la tierra ha pertenecido a pocas familias, pervive una concepción servil del trabajo doméstico. Incluso el Código del Trabajo mantiene una distinción odiosa en los siguientes términos:

Art. 263.- Clasificación.- No son domésticos sino trabajadores sometidos a las reglas generales de este Código los que prestan servicios en hoteles, bares, fondas, posadas, hospitales o establecimientos análogos.

2. RECONOCIMIENTO DEL TRABAJO DOMÉSTICO POR PARTE DE LA CONSTITUCIÓN ECUATORIANA

La vigente Constitución Política del Ecuador, prevé en el artículo 283, que la economía ecuatoriana es social y solidaria, y señala algunos principios que ayudan a definirla, en los siguientes términos:

El sistema económico es social y solidario; reconoce al ser humano como sujeto y fin; propende a una relación dinámica y equilibrada entre sociedad, Estado y mercado, en armonía con la naturaleza; y tiene por objetivo garantizar la producción y reproducción de las condiciones materiales e inmateriales que posibiliten el buen vivir²³¹.

Como acertadamente lo recogen Trujillo y Grijalva, en la economía social y solidaria que proclama la Constitución de 2008, el mercado pierde centralidad en el sistema económico para convertirse en un mecanismo más, junto con otras formas de intercambio justo y de organización económica, no siendo el ánimo de lucro el móvil del sistema económico sino la armonía en las relaciones de los seres humanos entre sí, con la naturaleza y las futuras generaciones²³².

En este punto, Angélica Porras sostiene que hay que considerar las implicaciones que tiene la noción prevista en nuestra Constitución sobre el *sumak kawsay*, que tiene importantes vinculaciones con el concepto de trabajo.

Las tres tesis de la autora giran en torno a lo siguiente:

1. El *sumak kawsay* informa y justifica toda la constitución y por tanto no puede ser reducida a los Derechos Económicos, Sociales y Culturales o al Régimen del Buen Vivir contenidos en la Constitución, como se ha venido haciendo.
2. El *sumak kawsay*, en cuanto a lo social y político, busca la superación de la colonialidad y la construcción de una sociedad más relacional, responsable y respetuosa de las diferencias.
3. El *sumak kawsay*, en cuanto a lo económico, supone tres transformaciones trascendentales:
 - a) Un cuestionamiento al modelo de desarrollo y su matriz productiva.
 - b) Una nueva relación trabajo-capital.
 - c) Una nueva relación naturaleza-ser humano²³³.

²³⁰ Marcelo Naranjo, "La Cultura Popular en el Ecuador", Tomo V: Imbabura, CIDAP, 1988, pág. 43.

²³¹ Inciso primero del art. 283 de la Constitución de la República del Ecuador.

²³² Trujillo, Julio César y Grijalva, Agustín, «El fundamento constitucional de la nueva economía», *La Tendencia 10* (marzo de 2010, 89).

²³³ Porras Velasco, Angélica, «Constitución, *sumak kawsay* y trabajo», *Estado, Derecho y Justicia. Estudios en honor a Julio César Trujillo*, Estudios Jurídicos No. 33, 2012, 244..

Efectivamente, el reconocimiento que hace la Constitución Política de todas las modalidades de trabajo, incluidas las de autosustento y cuidado humano, y a sus actores como entes productivos²³⁴, permite visibilizar y valorar actividades que antes no eran consideradas productivas, pese a su vital importancia para el desarrollo de las sociedades; y por otro lado, genera en el Estado la obligación de protección de estas actividades, con las mismas garantías que el trabajo remunerado tiene²³⁵.

En ese sentido, la Constitución ecuatoriana, reconoce el valor productivo de las labores de cuidado y autosustento²³⁶; así como la necesidad de promover un régimen laboral que funcione en armonía con las necesidades de cuidado, y no al revés, es decir que la prioridad ha de ser la satisfacción de las necesidades familiares, debiendo las actividades laborales ajustarse a dichas necesidades.

A partir de lo previsto en la Constitución, en el año 2015 se realizó una importante reforma en la Ley General de Seguridad Social, que como se verá detenidamente más adelante, significó la voluntaria incorporación de amas de casa a la Seguridad Social.

Respecto del trabajo doméstico remunerado, Ecuador suscribió en diciembre de 2014²³⁷, el Convenio No. 189 sobre Trabajo decente para las trabajadoras y los trabajadores domésticos. Previo esta fecha, y con el propósito de ajustar la normativa interna a los parámetros internacionales, se reformó el Código del Trabajo y se ejecutaron políticas públicas encaminadas a mejorar las condiciones del trabajo remunerado en el hogar.

Una de ellas fue la equiparación de remuneraciones de las trabajadoras domésticas al del resto de trabajadores. Hasta el año 2010, este colectivo, junto con los artesanos recibían una remunera-

ción mensual, menor a la de los trabajadores en general. Eso cambió a partir de la publicación del Acuerdo Ministerial 77²³⁸, que vino a equiparar la remuneración de los “sectores de más bajos ingresos”. Dicha equiparación se ha mantenido hasta la actualidad.

Los primeros años de aplicación de la equiparación de las remuneraciones en los sectores que se acaba de señalar, provocó un decremento en la contratación de estos colectivos, e incluso la separación de quienes estaban trabajando. Esta situación se vivió con especial afectación por el servicio doméstico.

Por su parte, la Ley Orgánica para la Defensa de los Derechos Laborales²³⁹, introdujo una reforma al Código del Trabajo, encaminada a limitar la jornada de los trabajadores domésticos, que según el art. innumerado agregado después del art. 268 del Código del Trabajo, fija la jornada laboral de estos trabajadores en cuarenta horas semanales durante cinco días de la semana, debiendo pagarles por la semana completa²⁴⁰.

El ánimo fue el de equiparar en condiciones de tiempo de trabajo a un colectivo que históricamente ha sido obligado a trabajar más horas de las del resto de trabajadores, sobre todo cuando el servicio doméstico implica residencia del trabajador.

Esta y las otras medidas que se analizaron tienden a equipar el valor que se da al trabajo doméstico frente al trabajo en el sector productivo, y pese a las afectaciones temporales en la contratación de este colectivo cada vez que la regulación trae mejoras en las condiciones de prestación, no hacerlo es seguir desconociendo la importante labor que muchas mujeres desarrollan y que es fuente importante, no sólo de la economía de los estados, sino sobre todo del bienestar y desarrollo humano de las sociedades²⁴¹.

²³⁴ Art. 325 CE.

²³⁵ Porras Velasco, Angélica, «Constitución, sumak kawsay y trabajo», 257.

²³⁶ Art. 133 CE.

²³⁷ R.O. 392, de 09 de diciembre de 2014.

²³⁸ RO 105, de 11 de enero de 2010.

²³⁹ Publicada en el RO 797 Segundo Suplemento, de 26 de septiembre de 2012.

²⁴⁰ Art. innumerado después del 268 CT.- A los empleados y trabajadores domésticos se garantiza los mismos beneficios de cualquier otro trabajador en general, debiendo sus jornadas de trabajo y descanso ser de cinco días a la semana o sea cuarenta horas hebdomadarias y los días sábados y domingos serán de descanso. Si en razón de las circunstancias, no pudiere interrumpirse el trabajo en tales días, se designará otro tiempo igual de la semana para el descanso, mediante acuerdo entre empleador y trabajadores

²⁴¹ Lanás Medina. Elisa, «Vivir y compartir. Propuesta para lograr la conciliación de la vida personal, familiar y laboral», *Revista de Derecho FORO* N° 19, I semestre 2013, 48.

3. LA PROTECCIÓN SOCIAL EN ECUADOR

La Constitución ecuatoriana reconoce el derecho de los habitantes del país a estar cubiertos por la seguridad social, concibiendo a este derecho con características de universalidad, es decir, como un derecho que le pertenece a todas las personas. Así lo prevé la Carta Fundamental en el artículo 34:

El derecho a la seguridad social es un derecho irrenunciable de todas las personas, y será deber y responsabilidad primordial del Estado. La seguridad social se regirá por los principios de solidaridad, obligatoriedad, universalidad, equidad, eficiencia, subsidiaridad, suficiencia, transparencia y participación, para la atención de las necesidades individuales y colectivas.

Otro elemento importante tiene que ver con que la Constitución prohíbe la privatización de la Seguridad Social, con lo cual, en palabras de Vinuesa Flores, "...se evidencia una potente declaración de organización y gestión de la seguridad social que descarta de entrada a cualquier opción o mecanismo privatizador del sistema"²⁴². Por lo tanto, es el Estado el único ente encargado de regularla. Lo dicho se plasma en el artículo 367 *ibídem* en donde además se agregan los principios rectores que rigen el sistema de Seguridad Social, en los siguientes términos:

El sistema de seguridad social es público y universal, no podrá privatizarse y atenderá las necesidades contingentes de la población. La protección de las contingencias se hará efectiva a través del seguro universal obligatorio y de sus regímenes especiales. El sistema se guiará por los principios del sistema nacional y equidad social y por los de obligatoriedad, suficiencia, integración, solidaridad y subsidiaridad.

Ahora bien, El sistema de seguridad social ecuatoriano previsto en la Ley General de Seguridad Social²⁴³ que es anterior a la vigente Constitución, responde primordialmente al modelo bismarckiano, que garantiza un sistema de seguridad social a las

personas trabajadoras en relación de dependencia; no obstante, se han ido incorporando a lo largo de los años, algunos criterios del modelo Beveridge, que pretende una cobertura más amplia²⁴⁴.

En ese sentido, existe un importante sector de la población que no está cubierto por el seguro social, porque no tiene una vinculación con el mundo del trabajo, o estándolo, se encuentra en el sector informal y sus ingresos son tan bajos que no alcanzan para cotizar al sistema

El Sistema de Seguridad Social ecuatoriano prevé un Seguro General Obligatorio compuesto de un Régimen General y un Régimen Especial de Seguro Social Campesino. El elemento característico del Seguro Universal Obligatorio es la universalización, prevista en el artículo 369 de la Constitución Política, que manda su extensión a toda la población urbana y rural con independencia de su situación laboral²⁴⁵.

La LGSS, por su parte, hace una enumeración que, si bien es amplia, no incluye a todos los habitantes del Ecuador. Efectivamente, el artículo 2 de la LGSS, determina que:

Son sujetos obligados a solicitar la protección del Seguro General Obligatorio, en calidad de afiliados, todas las personas que perciben ingresos por la ejecución de una obra o la prestación de un servicio físico o intelectual, con relación laboral o sin ella; en particular: a. El trabajador en relación de dependencia; b. El trabajador autónomo; c. El profesional en libre ejercicio; d. El administrador o patrono de un negocio; e. El dueño de una empresa unipersonal; f. El menor trabajador independiente; y, g. Las personas que realicen trabajo del hogar no remunerado; y, h. Los demás asegurados obligados al régimen del Seguro General Obligatorio en virtud de leyes y decretos especiales.

El Seguro General Obligatorio protege a los afiliados en las contingencias de: enfermedad, maternidad, riesgos del trabajo, vejez, muerte e invalidez, cesantía y desempleo, no obstante, como se verá a

²⁴² Mónica Vinuesa Flores, "El derecho a la seguridad social en la Constitución del Ecuador", en *La Institucionalidad Normativa y Funcional de los Sistemas de Seguridad Social*, 1e. (Ecuador: Ministerio Coordinador de Desarrollo Social, 2015), 81.

²⁴³ Ley 55. RO-S 465, de 30 de noviembre de 2001.

²⁴⁴ Porras Velasco, Angélica, «La seguridad social en Ecuador: un necesario cambio de paradigmas», *Revista de Derecho FORO* N° 24, II semestre 2015, 97.

²⁴⁵ *Ibídem*, 112.

continuación, excluye a las personas que se dedican al trabajo doméstico no remunerado de la protección de algunas contingencias²⁴⁶.

El sistema de pensiones, antes de la vigencia de la LGSS, se manejaba bajo el régimen de reparto. La Ley de Seguridad Social incorporó un sistema mixto de pensiones entre el régimen de solidaridad intergeneracional y el régimen de ahorro individual obligatorio, en los siguientes términos:

La protección de la población afiliada contra las contingencias de vejez, invalidez y muerte se cumplirá mediante un régimen mixto que combine las virtudes de la solidaridad intergeneracional y las ventajas del ahorro individual obligatorio²⁴⁷.

Ahora bien, varios artículos de la LGSS fueron declarados inconstitucionales²⁴⁸, lo que generó la inaplicabilidad del régimen de pensiones previsto en la LGSS, debiendo aplicarse desde entonces y hasta la fecha el régimen anterior a través de las normas denominadas “Régimen de Transición”.

Las prestaciones que forman parte del Sistema de Pensiones son: jubilación por vejez, jubilación por invalidez, subsidio transitorio por incapacidad, pensiones de montepío por viudez y orfandad, y auxilio de funerales²⁴⁹.

3.1. Protección social del trabajo en el hogar

Como ya se ha señalado, históricamente en Ecuador, los sujetos protegidos por el sistema de Seguridad Social han sido los trabajadores en relación de dependencia, lo cual ha ocasionado que los trabajadores autónomos o independientes se queden al margen del sistema no sólo porque este privilegia al trabajo dependiente, sino porque la carga de la cotización y los mecanismos de recaudación no han sabido responder a las necesidades de dicho colectivo y, por lo tanto, la estructura institucional y los procesos no han tenido ninguna innovación

que permita ampliar la cobertura de la seguridad social a toda la población, reconociendo su diversidad y estableciendo mecanismos dinámicos para su incorporación²⁵⁰.

Esta situación pretende corregirse mediante la Ley de Justicia Laboral y Reconocimiento del Trabajo en el Hogar²⁵¹, que vino a reformar varios cuerpos normativos, entre ellos el Código del Trabajo y la Ley General del Seguridad Social. En la parte pertinente, la Ley en mención incorporó al grupo de afiliados obligatorios, a la “persona que realiza trabajo no remunerado del hogar quien desarrolla de manera exclusiva tareas de cuidado del hogar sin percibir remuneración o compensación económica alguna”²⁵².

La incorporación de las trabajadoras no remuneradas del hogar trae una serie de interrogantes, porque como se ha sostenido, tradicionalmente el sistema de seguridad social ecuatoriano ha sido contributivo, no obstante, en aplicación del principio de universalización previsto en el art. 396 de la Constitución ecuatoriana,

El seguro universal obligatorio se extenderá a toda la población urbana y rural, con independencia de su situación laboral. Las prestaciones para las personas que realizan trabajo doméstico no remunerado y tareas de cuidado se financiarán con aportes y contribuciones del Estado²⁵³.

Ya en la práctica, la Ley de Justicia Laboral, prevé una fórmula mixta, que combina un aporte mínimo obligatorio que debe ser cubierto por cada núcleo familiar de donde procede la trabajadora no remunerada, es decir por el o los miembros de la familia que tienen un trabajo productivo, en función de sus ingresos; mientras otra parte es cubierta por el Estado.

Esta forma mixta de financiamiento del seguro de las personas que realizan trabajo doméstico no remunerado ha generado críticas, tanto desde los afiliados tradicionales que son los trabajadores en relación de dependencia, para los que la carga del aporte al que

²⁴⁶ Art. 3 LGSS.

²⁴⁷ Art. 164 LGSS.

²⁴⁸ Resolución del TC No. 052-2001-RA, de 8 de mayo de 2002.

²⁴⁹ Art. 165 LGSS.

²⁵⁰ Mónica Vinuesa Flores, “El derecho a la seguridad social en la Constitución del Ecuador”, en *La Institucionalidad Normativa y Funcional de los Sistemas de Seguridad Social*, 1e. (Ecuador: Ministerio Coordinador de Desarrollo Social, 2015), 74.

²⁵¹ Publicada en el R.O. Suplemento 483 de 20 de abril de 2015.

²⁵² Art. 9, i LGSS

²⁵³ Art. 369, inc. 2 CE.

el Estado se ha comprometido subsidiar sale del resto de afiliados; como desde las propias beneficiarias del seguro, que lamentan que el Estado no se haga cargo completamente de su afiliación, y dependiendo del ingreso de la unidad familiar, en unos casos subsidie una parte mayoritaria del aporten cuando la familia percibe un ingreso mensual inferior a la mitad de un salario básico unificado²⁵⁴, o exija el aporte completo por parte de la unidad familiar cuando el ingreso mensual supere el ciento cincuenta por ciento del salario básico unificado.

Otra de las críticas se refiere a las contingencias cubiertas para este colectivo, que según el literal h del artículo 10 LGSS, "(l)a persona que realiza trabajo no remunerado del hogar estará protegida contra las contingencias de vejez, muerte e invalidez que produzca incapacidad permanente total y absoluta. La persona que realiza trabajo no remunerado del hogar podrá aportar de forma voluntaria para la cobertura de la contingencia de cesantía". Es decir, que las contingencias de enfermedad, maternidad y riesgos del trabajo, no están cubiertas.

Una de las principales demandas de las trabajadoras no remuneradas del hogar era precisamente contar con atención médica en caso de enfermedad o embarazo, pero como se ha señalado, estas contingencias no se encuentran protegidas en esta modalidad de aseguramiento.

No se cuenta con datos fiables del número de afiliaciones bajo esta modalidad desde la aprobación de la Ley, no obstante, por las limitaciones señaladas, no parece que el aseguramiento de las personas que realizan trabajo no remunerado del hogar sea muy elevado, lo que debería llevar a reflexionar a los encargados de aplicar esta medida, sobre la necesidad de replantear, tanto las aportaciones como las contingencias cubiertas de este seguro.

En el caso de las trabajadoras domésticas, el 7 de mayo de 2011 se realizó una Consulta Popu-

lar que, entre otras preguntas, formuló la siguiente: Con la finalidad de evitar la explotación laboral, ¿Está usted de acuerdo que la no afiliación al Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social de trabajadores en relación de dependencia sea considerada delito? Esta pregunta, la número 10, al igual que la mayoría de las que se hicieron en la consulta, obtuvo el respaldo mayoritario de los votantes.

Este apoyo sirvió al Gobierno para implementar una política pública de exigencia y control a los empleadores de la obligación de afiliarse a sus trabajadores, pero tuvo un especial eco en el servicio doméstico, puesto que este ha sido tradicionalmente un sector donde se han vulnerado más los derechos laborales. Esta medida, unida a la equiparación de remuneraciones que se venía aplicando desde 2010, provocó una contracción en la demanda de trabajadores del sector.

El resultado de la Consulta Popular se vio reflejado en el Código Orgánico Integral de Penas²⁵⁵, la Sección Sexta prevé los delitos contra el derecho al trabajo y a la seguridad social. No obstante, como se ha sostenido en este artículo, el derecho a la seguridad social se lo determina como un derecho ligado al del trabajo y por ende a factores económicos.

La ley prevé pena privativa de libertad de uno a tres años al empleador, si es que éste retuviese los aportes patronales o personales, realice descuentos indebidos o injustificados de los trabajadores y no los deposite en el Instituto Ecuatoriano de Seguridad Social²⁵⁶, además, para mejor proveer lo que en derecho corresponde, necesariamente debe realizar la denuncia ante la Fiscalía, para realizar la investigación del caso respectivo, ya que pueden existir otros trabajadores que se encuentran afectados por dicho delito.

Como ya se ha revisado, la principal infracción en relación con el trabajo doméstico remunerado es el de la falta de afiliación al Instituto Ecuatoriano de

²⁴⁶ Art. 3 LGSS.

²⁴⁷ Art. 164 LGSS.

²⁴⁸ Resolución del TC No. 052-2001-RA, de 8 de mayo de 2002.

²⁴⁹ Art. 165 LGSS.

²⁵⁰ Mónica Vinuesa Flores, "El derecho a la seguridad social en la Constitución del Ecuador", en *La Institucionalidad Normativa y Funcional de los Sistemas de Seguridad Social*, 1e. (Ecuador: Ministerio Coordinador de Desarrollo Social, 2015), 74.

²⁵¹ Publicada en el R.O. Suplemento 483 de 20 de abril de 2015.

²⁵² Art. 9, i LGSS

²⁵³ Art. 369, inc. 2 CE.

²⁵⁴ Este año el salario básico unificado está en trescientos setenta y cinco dólares americanos.

²⁵⁵ RO 180, de 10 de febrero de 2014.

²⁵⁶ Art. 242 COIP.

Seguridad Social por parte del empleador al/la trabajador/a. Pues ya sea por voluntad del empleador o de la trabajadora, gran parte de este segmento laboral no cuenta con la tutela de este derecho.

Desde la entrada en vigencia del Código Orgánico Integral Penal, los empleadores ponen un mayor cuidado en el cumplimiento de la obligación de afiliar a sus trabajadores, ya que para el caso de personas jurídicas, la sanción va desde la intervención por parte de la entidad de control competente y una multa de tres a cinco salarios básicos unificados del trabajador en general que será impuesta por cada empleado no afiliado²⁵⁷.

El Código Integral Penal determina la sanción a los empleadores que como personas naturales no afilien a sus trabajadores al sistema de seguridad social, indicando que si en el lapso de treinta días después de iniciadas las labores, no se ha cumplido con esta obligación, el empleador será sancionado con pena de privativa de la libertad de tres a siete días²⁵⁸.

Para los dos primeros casos que son catalogados como delitos, se puede buscar su tutela y protección, debiendo la persona que se sienta agraviada realizar una denuncia ante la Fiscalía, que es la titular de la acción penal y quien realiza la investigación y determina si existen los requisitos legales y necesarios para iniciar la acción penal.

Para el caso de las contravenciones, que es el tercer caso presentado, se debe seguir el procedimiento expedito, en el cual se inicia a petición de parte ante un Juez Penal, el mismo que resolverá mediante sentencia.

Las disposiciones legales contenidas en el Código Orgánico Integral Penal son un referente de exigibilidad para que las trabajadoras domésticas puedan acceder libremente a sus derechos como trabajadoras en general y como consecuencia al derecho a la seguridad social.

Lastimosamente, el cumplimiento de los derechos de las trabajadoras domésticas, se ha efectivizado por medio de la coacción que el citado Código prevé. Lo que para muchas personas, trabajadoras y empleadoras ha sido perjudicial, puesto que la contratación de trabajadoras remuneradas del hogar ha disminuido considerablemente. Sin embargo, para

que se cumpla en su totalidad el objetivo de reivindicar este derecho, se requiere de al menos un plazo de diez años de continuo trabajo y difusión, tanto con los empleadores como con las trabajadoras domésticas.

Conclusiones

El trabajo doméstico es un conjunto de actividades muy importantes para la vida y desarrollo de individuos y sociedades, sin embargo, no ha encontrado un adecuado reconocimiento, valoración ni protección.

Por trabajo doméstico se entiende, tanto el que realiza un miembro de la familia, generalmente mujer, como aporte personal para el bienestar de los miembros de la familia; como también el trabajo que realiza un tercero a cambio de una retribución económica. En el mundo laboral occidental, no obstante, sólo este último es considerado trabajo.

Desde la vigencia de la Constitución Política del Ecuador, hay una mayor preocupación por valorar y proteger el trabajo en el hogar: sin embargo, la legislación secundaria no guarda plena armonía con las garantías previstas en la Constitución.

La Ley General de Seguridad Social protege con carácter obligatorio a las personas que tienen un trabajo en relación de dependencia, y aunque hace mención de varios colectivos que realizan distintas actividades, como sujetos de protección obligatoria, en realidad admite como obligatorias esas afiliaciones. Dentro de ese grupo se ha incluido a las personas que realizan trabajo no remunerado en el hogar, quienes pueden afiliarse a través de un sistema mixto de cotización y acceder al sistema de pensiones, no así al seguro de salud ni de maternidad.

En el caso de las trabajadoras domésticas, su situación normativa es la de los trabajadores subordinados, aunque antes de la ejecución de políticas públicas encaminadas a una mayor protección social, la obligación de afiliación casi no se cumplía.

En ambos casos, los porcentajes de afiliación se han elevado, no obstante que tienen que revisarse algunos elementos para alcanzar el principio de universalización de la protección social en estos dos colectivos tradicionalmente no amparados por la seguridad social.

²⁵⁷ *Ibíd.*, artículo 243.

²⁵⁸ *Ibíd.*, artículo 244.



Organización Iberoamericana de Seguridad Social

Secretaría General
C/ Velázquez, 105 - 1.ª planta
28006 Madrid - España
sec.general@oiss.org
www.ois.org