

DIRECTIVAS COMUNITARIAS SOBRE EL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE TRATO ENTRE HOMBRES Y MUJERES Y SEGURIDAD SOCIAL

THAIS GUERRERO PADRÓN

Profesora Asociada de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Cádiz

EXTRACTO

Las particularidades genuinamente nacionales de los sistemas de Seguridad Social de los países miembros no han supuesto un veto para el Derecho comunitario que, lejos de requerir la uniformidad de los mismos, ha utilizado los mecanismos legislativos que le son propios para tratar de adaptarlos a las nuevas necesidades que acucian a la sociedad europea, entre otras, la problemática de la igualdad de trato entre hombres y mujeres. Tales sistemas se asentaron inicialmente sobre unos presupuestos que en la actualidad han perdido vigencia y sentido porque la mujer ha variado sustancialmente su papel en el entorno familiar y sociolaboral, reclamando la igualdad de trato con el varón en todos los órdenes y, en especial, la posibilidad de devengar derechos propios de Seguridad Social.

La adopción de directivas relativas al principio de igualdad de trato en materia de Seguridad Social supuso en un principio la eliminación de las discriminaciones directas de las legislaciones nacionales, es decir, aquellas en las que el sexo aparece como móvil inequívoco del tratamiento diferenciado perjudicial, sea abiertamente o de manera solapada o encubierta; de este modo, desaparecieron expresiones como “mujer casada”, “esposa a cargo” o “cabeza de familia”. La mayor dificultad, sin embargo, surge en un segundo estadio cuando se verifica que las normas, aún bajo fórmulas legales asexuadas o neutras, provocan en su aplicación práctica efectos desproporcionadamente perjudiciales para un porcentaje superior de personas pertenecientes a uno u otro sexo, es decir, las discriminaciones indirectas que, entre otros, pueden generar la exclusión de determinadas categorías de personas del ámbito de protección de la Seguridad Social o limitar o restringir su acceso a ciertos beneficios sociales.

INDICE

1. Seguridad Social y Derecho Comunitario
2. Contenido, alcance y significación de las directivas
3. Directivas que consagran el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en la Seguridad Social: 3.1. Principio de igualdad de trato en los regímenes legales de Seguridad Social; 3.2. Principio de igualdad de trato en los regímenes profesionales de Seguridad Social; 3.3. Principio de igualdad de trato y trabajo por cuenta propia; 3.4. Tutela de la maternidad
4. Conclusiones

1. SEGURIDAD SOCIAL Y DERECHO COMUNITARIO

La Seguridad Social es una materia que presenta cierta autonomía en el Derecho interno de cada país, caracterizada en principio por un acusado intervencionismo público. En sus orígenes, los sistemas de Seguridad Social de la mayoría de los países reflejan rasgos de origen internacional y nacional¹. Los primeros son evidentes en cuanto al sistema, siguiendo la normativa de Bismarck o las acepciones de Beveridge; tampoco son desconocidas las influencias derivadas de los convenios internacionales concluidos entre los países o adoptados en el seno de organizaciones internacionales, como la OIT o el Consejo de Europa, entre otras. Los rasgos de origen nacional son diversos: el camino pacífico o, por el contrario, de lucha hacia el reconocimiento de ciertos derechos sociales, aspectos económicos, de índole política o social, etc. La conjugación de esas influencias -nacionales e internacionales- y las condiciones propias de desarrollo de cada país, que como es lógico no acontece de la misma manera en cada Estado, determina, en definitiva, que actualmente aspectos como el ámbito subjetivo de protección, o las prestaciones sociales o bien, entre otros, el modo de financiación de los sistemas de Seguridad Social de los distintos países de la Unión Europea difieran de forma más o menos intensa entre sí² siendo imposible hablar de un esquema o estructura -en sentido amplio- de Seguridad Social igual o similar en todos los Estados miembros.

El Derecho comunitario no es extraño a esa pluralidad de ordenamientos nacionales de Seguridad Social ni tampoco a una diversidad de factores que denuncian que, de forma generalizada, tales sistemas se encuentran desfasados, son inadecuados o insuficientes para afrontar las nuevas necesidades que demanda la realidad social. La naturaleza mutante del trabajo, el envejecimiento de la población europea, los cambios participativos en la vida profesional de hombres y mujeres, la alta tasa de desempleo, el lento crecimiento económico y los elevados costes sanitarios son, entre otras, circunstancias en mayor o menor intensidad comunes a todos los países miembros que reclaman la modernización de los sistemas nacionales de Seguridad Social. La opción jurídica ha oscilado entre, de un lado, incidir de manera contundente sobre los ordenamientos jurídicos nacionales de modo que la normativa

¹ Véase VELDKAMP, GM.J. "La armonización de la Seguridad Social en la CEE", en *Armonización de la Seguridad Social en la CEE*, Instituto de Estudios Fiscales, Ministerio de Hacienda, Madrid, 1975, págs. 231 y ss.

² A modo de ejemplo, PIETERS, D., *Introducción al Derecho de la Seguridad Social de los países miembros de la Comunidad Económica Europea*, col. Monografías, Civitas, Madrid, 1992, analiza con un mismo esquema de estudio el contenido y alcance de los diferentes sistemas de Seguridad Social de los Estados miembros.

comunitaria sustituya a la nacional creando así una normativa común o, de otro lado, afectar indirectamente a los ordenamientos internos de los países miembros para solventar cuestiones puntuales respetando parcialmente sus propias reglamentaciones. La primera alternativa encaja en la conocida técnica de la coordinación, materializada a través de reglamentos y que, aplicada en el ámbito de la Seguridad Social, tiende a garantizar la realización de la libre circulación de trabajadores por el territorio de la Unión -principio básico y fundamental sobre el que se cimentaba la construcción europea³- sin que los trabajadores y los miembros de sus familias vean menoscabados sus derechos de Seguridad Social, especialmente en lo que se refiere a la totalización de períodos cotizados y al devengo de prestaciones. Por su parte, la segunda alternativa encuentra mejor acomodo a través de la técnica de la armonización que, instrumentalizada en directivas, persigue aproximar las legislaciones nacionales con el propósito de promover la mejora de las condiciones de vida y de trabajo de la mano de obra a fin de lograr su equiparación por la vía del progreso, dando respuesta a problemas concretos comunes a todos los Estados miembros, como pueden ser las desigualdades sociales en sentido amplio.

La armonización, aproximación o igualación en el progreso es una opción comunitaria que requiere la estrecha colaboración de los países miembros en materia social para reducir o eliminar las diferencias existentes entre las legislaciones nacionales, creando de este modo un acervo de principios comunes a todos los Estados miembros. Con carácter general, el fundamento jurídico de la armonización se encuentra en el artículo 94 TCE (antiguo 100 TCEE) que vincula las directivas a la aproximación de las disposiciones legales y, en relación a las normativas sociales, ese fundamento se halla en los artículos 136 y 138 TCE (antiguos 117 y 118A TCEE) que ligan la adopción de directivas a aspectos estrictamente de índole social. El instrumento para viabilizar la armonización de las legislaciones nacionales es la directiva, que desde su inclusión en el antiguo artículo 189 del Tratado de Roma (actual 249 TCE) hasta tiempos recientes ha visto reforzada o incrementada su efectividad a través de la labor interpretativa del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

2. CONTENIDO, ALCANCE Y SIGNIFICACIÓN DE LAS DIRECTIVAS

En las fuentes del Derecho comunitario derivado figuran ciertos actos jurídicos que emanan de las Instituciones a las cuales los Tratados fundacionales han reconocido capacidad de crear reglas de Derecho. De esos actos destacan por su régimen jurídico y efectos los reglamentos y las directivas, actos de contenido y objeto netamente diferenciados. En tanto el reglamento tiene alcance general, es obligatorio en todos sus elementos y directamente aplicable en cada Estado miembro, la directiva obliga al Estado miembro a lograr un resultado, dejando a las autoridades nacionales libertad en la elección de la forma y de los medios para alcanzarlo (artículo 249 TCE). Podría decirse, en principio, a tenor de estos rasgos que oponen radicalmente a uno y otro actos comunitarios, que el reglamento es un instrumento de uniformización jurídica, en tanto la directiva ofrece una alta dosis de flexibilidad.

³ No en vano el artículo 69. 4 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea del Carbón y del Acero (París, 18 de abril de 1951) indicaba que los Estados miembros “tratarán de buscar entre sí cuantas soluciones sigan siendo necesarias a fin de que las disposiciones relativas a la seguridad Social no constituyan un obstáculo para los movimientos de la mano de obra”.

Los caracteres que identifican a las directivas son tres: primero, la obligación de lograr un resultado; segundo, la libertad en la elección de la forma y de los medios para conseguirlo, y tercero, la falta de aplicabilidad directa.

Los dos primeros caracteres se hallan estrechamente vinculados. La obligación de lograr un resultado y la libre elección de la forma y de los medios para lograrlo configuran a la directiva como una norma de obligatoriedad parcial, en contraste con el reglamento que obliga en todos sus elementos, muy apta, en principio, para el objetivo que persigue: la armonización o aproximación de las legislaciones sociales. Sin embargo, esa libertad es aparente, pues el resultado concreto prescrito en la norma, los plazos de transposición, la exigencia de adecuación de la forma y de los medios para obtener ese objetivo y las garantías de seguridad jurídica que necesariamente deben ofrecer las normas nacionales de adaptación a partir de las cuales se generan efectos jurídicos⁴, son factores que, en efecto, permiten hablar de una libertad ficticia, limitada o condicionada.

La falta de aplicabilidad directa es la nota que distingue de forma más significativa al reglamento de la directiva. En principio, es una cualidad inherente a aquél y ausente en las directivas. Podría definirse como la facultad de la norma de ser plena e inmediatamente eficaz en los ordenamientos jurídicos nacionales sin necesidad de norma interna de recepción, incluso con prohibición expresa de mediación o intervención administrativa, legislativa o judicial para adaptarla al Derecho nacional. La necesidad de transposición de las directivas precisamente choca con esa aplicabilidad directa. Como diría la doctrina, la directiva es “una fórmula basada en una distribución de las tareas y en una colaboración entre el nivel comunitario y el nivel nacional”⁵.

De la aplicabilidad directa deriva el llamado “efecto directo” o el derecho de los particulares a invocar una norma comunitaria ante la jurisdicción nacional de su país cuando concurren otras condiciones⁶. La jurisprudencia comunitaria progresivamente ha delimitado cuáles son esas condiciones para que las disposiciones de una directiva tengan efecto directo, señalando en suma las siguientes: primero, el transcurso del plazo de transposición de la directiva; segundo, que el Estado miembro haya incumplido la obligación de adaptación a su Derecho interno; y tercero, que esas disposiciones sean lo suficientemente precisas e incondicionales desde el punto de vista de su contenido⁷.

Toda directiva indica en sus últimas disposiciones el plazo que se otorga a los Estados miembros destinatarios para disponer las medidas necesarias en orden a dar cumplimiento al resultado a que obliga la norma comunitaria. En tanto no ha transcurrido el plazo de transposición no cabe exigir al Estado responsabilidades derivadas de la directiva. Como prescribe el Tribunal de Justicia, el transcurso del plazo de ejecución es requisito indispensable para que la directiva despliegue sus efectos frente al Estado y a los particulares que deseen invocarla⁸.

⁴ Ver MANGAS MARTÍN, A. y LIÑÁN NOGUERAS, D.J., *Instituciones y Derecho de la Unión Europea*, ed. Mc Graw Hill, Madrid, 1996, pág. 369.

⁵ ISAAC, G., *Manual de Derecho Comunitario general*, ed. Ariel Derecho, Barcelona, 1985, pág.137.

⁶ Sobre este tema ver FERNÁNDEZ MARTÍN, J.M., “El efecto directo de las directivas y la protección de los derechos subjetivos comunitarios en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. Intento de sistematización”, CISS, nº 135, abril 1996, págs. 17 y ss.

Concluido el plazo de transposición, si el Estado miembro no ha adaptado la directiva a su ordenamiento interno de forma íntegra y correcta, en principio, cualquier norma nacional que se opusiera a la directiva quedaría sin efecto en virtud del principio de primacía del Derecho comunitario⁹, no pudiendo el Estado incumplidor impedir a los particulares ejercer los derechos que para ellos derivan de la directiva u oponerles su propio incumplimiento¹⁰. La posibilidad de su invocabilidad por los particulares en estas circunstancias actuaría como correctivo frente al Estado miembro incumplidor.

En lo relativo al texto de la directiva, como tercera condición para producir efecto directo, es necesario que la disposición de la directiva sea lo suficientemente precisa e incondicional desde el punto de vista de su contenido¹¹, o lo que es lo mismo, que sea inequívoca y no requiera de interpretación judicial, además de no estar sujeta a reserva o término alguno, definiendo derechos que los particulares pueden hacer valer frente a su Estado.

3. DIRECTIVAS QUE CONSAGRAN EL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE TRATO ENTRE HOMBRES Y MUJERES EN LA SEGURIDAD SOCIAL

La preocupación por la distinta situación que ocupan hombres y mujeres en la Seguridad Social (en sentido amplio) de los países miembros, o dicho de otro modo, el problema de las discriminaciones por razón de sexo existentes en los ordenamientos jurídicos nacionales de Seguridad Social de la Unión Europea, tiene un lugar destacado en el Derecho comunitario¹².

Pese a las diversidades y divergencias intrínsecamente nacionales, es en cierta medida unánime que la estrecha vinculación entre prestación laboral y Seguridad Social marcó inicialmente la configuración de los sistemas nacionales de Seguridad Social en el sentido de ser concebidos de una manera muy singular, es decir, para trabajos de tipo principal, ejecutados de forma continua e ininterrumpida, a tiempo completo y por varones. Tradicionalmente esos sistemas se estructuraron sobre una concepción clásica de la familia en la que el hombre tenía un papel principal como cabeza de familia y la mujer otro diverso y, en cualquier caso, subsidiario en tanto esposa a cargo, siendo aquél el único o principal sustentador del grupo del cual derivaban las prestaciones sociales de los demás miembros de la familia¹³. Importantes acontecimientos de carácter sociológico y laboral, entre otros, modificarán sustancialmente esos presupuestos. En cuanto a los sociológicos,

⁹ MANGAS MARTÍN, A., "Las relaciones entre el Derecho comunitario y el Derecho interno de los Estados miembros a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia", *El Derecho comunitario europeo y su aplicación judicial*, ed. Civitas, Madrid, 1993, págs. 55 y ss.

¹⁰ STJCE de 19 noviembre 1991, asunto FRANCOVICH, C-6/91 y C-9/91; STJCE de 19 febrero 1982, asunto BECKER, 8/81.

¹¹ Asunto BECKER cit.

¹² Al respecto, ALARCÓN CARACUEL, M.R., "El principio de igualdad en el Derecho de la Unión Europea" y CRUZ VILLALÓN, J., "Los intersticios de penetración de la prohibición de discriminación en el Derecho Comunitario", ambos en *La igualdad de trato en el Derecho Comunitario Laboral*, AA.VV., Aranzadi, Pamplona 1997, págs. 19 y ss. y 33 y ss. respectivamente.

¹³ Consejo de Europa, "Informe sobre la Seguridad Social en una sociedad cambiante", Estrasburgo, 1989, publicado por el MTSS en *La Seguridad Social en una sociedad cambiante*, col. Seguridad Social, Madrid, 1992, págs. 121 y ss.

hay que destacar el descenso progresivo de la fecundidad, el retraso en la edad de reproducción, la diversificación de los patrones familiares en formas atípicas y distintas de la tradicional con un considerable aumento de las familias monoparentales encabezadas por mujeres y el incremento del número de divorcios y otras formas de ruptura conyugal. Los acontecimientos laborales, influenciados entre otros muchos factores por la novación en los sistemas productivos y el tiempo de trabajo, se refieren a la incorporación masiva e irreversible de las mujeres al mercado laboral lo cual ha propiciado nuevas formas de trabajo atípicas y precarias (sea el trabajo a tiempo parcial, trabajos desarrollados de forma discontinua e interrumpida, trabajo en alternancia, entre otros) así como la demanda de una equiparación o igualdad con el varón en todos los aspectos profesionales y laborales y el planteamiento acerca del reparto de las responsabilidades familiares entre hombres y mujeres.

Con ese contexto, la falta de adecuación inmediata o en paralelo de los sistemas nacionales de Seguridad Social a esos acontecimientos unido a la proyección en la Seguridad Social de cuantas discriminaciones por razón de sexo se generan en el ámbito previo de las relaciones laborales (sirvan de ejemplo las de naturaleza retributiva¹⁴), han producido el efecto básico de la desigualdad de trato de hombres y mujeres en la Seguridad Social, aspecto preocupante para el Derecho comunitario que tratará de atenuarlo a través de una política armonizadora que conmine a los Estados miembros a erradicar de sus ordenamientos jurídicos nacionales las discriminaciones por razón de sexo que operen en los sistemas de Seguridad Social.

En este sentido, las directivas adoptadas versan sobre la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres tanto en los regímenes legales de Seguridad Social como en los profesionales, con especial referencia al ámbito de los trabajadores autónomos, incluidos los agrícolas. Ese principio, denominado “principio de igualdad de trato” significa, en esencia, la ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, que por razón de sexo tenga lugar en cualquiera de esos ámbitos.

Por su indudable conexión con el problema de las discriminaciones por razón de sexo cabría citar en último lugar la directiva que protege la condición biológica de la mujer trabajadora, que se abordará con alusión expresa a los aspectos de Seguridad Social que contempla.

3.1. Principio de igualdad de trato en los regímenes legales de Seguridad Social

Como se ha señalado, los sistemas públicos de Seguridad Social se asentaron en sus inicios sobre unos presupuestos marcados por la tradición y la familia en los que el hombre, cabeza de familia era el sujeto del que derivaban las prestaciones sociales para los restantes miembros del grupo familiar, incluida la esposa. Esta imagen que queda desfasada en la realidad social no es, sin embargo, combatida o erradicada al mismo ritmo o en paralelo de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, lo que motiva que desde el Derecho comunitario se inste la armonización de las legislaciones nacionales en materia de

¹⁴ Sobre la discriminación salarial ver QUINTANILLA NAVARRO, B., *Discriminación retributiva. Diferencias salariales por razón de sexo*, ed. Marcial Pons, col. Monografías jurídicas, Madrid, 1996.

Seguridad Social consagrando unos principios básicos que giran en torno al objetivo de la igualdad de trato entre hombres y mujeres, lo cual se materializa a través de una primera norma, la Directiva 79/7/CEE, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social¹⁵.

La noción principal que destaca la Directiva 79/7/CEE es el principio de igualdad de trato consagrado en el artículo 4.1 que supone la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, ya sea directa o indirecta, en especial con relación al estado matrimonial o familiar, particularmente en lo relativo a la inclusión en los regímenes legales, a la obligación y cálculo de las cotizaciones y al cálculo y mantenimiento de las prestaciones, sin oponerse a las disposiciones protectoras de la mujer a causa de la maternidad. La claridad, precisión e incondicionalidad de la letra de este artículo justifica que el Tribunal de Justicia le haya atribuido efecto directo¹⁶, generando derechos a favor de los particulares, pudiendo invocarla ante las jurisdicciones nacionales a partir del 23 de diciembre de 1984 (fecha límite para la plena ejecución de la Directiva) en defecto de medidas de aplicación para impedir la aplicación de cualquier norma nacional que no respete el artículo mencionado, derecho de los particulares a la invocabilidad que no afecta a la facultad que, bajo ciertas condiciones, tiene el Juez nacional para examinar de oficio la adecuación de las normas internas de un régimen legal de Seguridad Social al precepto de la Directiva.

El campo de aplicación de la Directiva 79/7/CEE comprende “la población activa, incluidos los trabajadores independientes, los trabajadores cuya actividad se vea interrumpida por enfermedad, accidente o paro involuntario, a las personas que busquen empleo, así como a los trabajadores inválidos” (artículo 2). La precisión con que la Directiva señala a sus beneficiarios excluye la posibilidad de que un juez nacional pueda ampliar su ámbito personal en base a que los justiciables se hallen comprendidos en un régimen legal nacional de los afectados por la Directiva desde el punto de vista de su ámbito material¹⁷.

Sobre la noción trabajador gira la expresión “población activa” antes aludida, noción de contenido y alcance comunitarios que será interpretada con gran amplitud por el Tribunal de Justicia, relegando a los Estados miembros de cualquier apreciación sobre la misma en función de su Derecho interno¹⁸. La Directiva comprende, así mismo, a los trabajadores coyunturalmente inactivos a causa de alguna de las contingencias expresamente recogidas en su ámbito material (enfermedad, invalidez, vejez, accidente laboral, enfermedad profesional y desempleo) con tal laxitud que, por ejemplo, protegerá a una mujer que abandona su actividad asalariada para cuidar a su madre afecta de una minusvalía grave en virtud de la cual ésta es beneficiaria de una prestación de invalidez¹⁹. Igualmente, la Directiva protege a los demandantes de empleo, con independencia de cuál sea la causa de esa inactividad, que acrediten esa condición en el momento de acaecer alguna de las contingencias expresadas antes, por ejemplo, a través de su inscripción en un organismo de empleo cuya función sea la búsqueda de empleo.

¹⁵ Directiva de 19 de diciembre de 1978, DOCE de 10 enero 1979.

¹⁶ Entre otros, STJCE de 4 diciembre 1986, asunto FNV, 71/85; STJCE de 24 junio 1987, asunto BORRIE CLARKE, 384/85, STJCE de 13 diciembre 1989, asunto RUZIUS-WILBRINK, C-102/88; STJCE de 30 enero 1997, asunto LIVIA BALESTRA, C-139/1995.

¹⁷ STJCE de 11 julio 1991, asunto VERHOLEN, casos acumulados C-87/90, C-88/90 y C-89/90.

¹⁸ STJCE de 19 marzo 1964, asunto UNGER, 76/63.

¹⁹ STJCE de 24 junio 1986, asunto DRAKE, 150/85.

Quedarían excluidos del ámbito subjetivo de la Directiva 79/7/CEE las personas que nunca han sido trabajadoras y que no son demandantes de empleo, aquellas cuya actividad se ha visto interrumpida por una contingencia diferente de las contempladas en esta norma y que tampoco son demandantes de empleo, y por último aquellos que nunca fueron demandantes de empleo o que dejaron de serlo debido a una causa diferente de las contingencias previstas en esta Directiva.

El ámbito material de la Directiva 79/7/CEE (artículo 3) abarca los regímenes legales que aseguren una protección contra los riesgos de enfermedad, invalidez, vejez, accidente laboral y enfermedad profesional, y desempleo, así como las disposiciones de ayuda social que completen o suplan los regímenes mencionados. La Directiva no se opone a las disposiciones relativas a la protección de la maternidad pero deja fuera expresamente las prestaciones familiares y las de muerte y supervivencia, aspecto censurable porque es en este tipo de prestaciones donde suelen apreciarse con especial significación las diferencias por razón de sexo –tal vez discriminatorias– en las esferas social y familiar debido al clásico reparto de roles entre hombres y mujeres²⁰.

La diversidad de prestaciones que contemplan los regímenes legales de Seguridad Social de los países miembros exige dos reglas de uniformización para que entren en el campo de aplicación de esta Directiva: primera regla, que la prestación constituya total o parcialmente un régimen legal de protección contra uno de los riesgos enumerados por la Directiva o una forma de ayuda social que tenga el mismo objetivo²¹, y segunda, que esté directa y efectivamente vinculada a la protección contra cualquiera de los riesgos enumerados por la norma comunitaria²².

Además de la exclusión expresa de las prestaciones familiares y de supervivencia, la Directiva 79/7/CEE admite una serie de excepciones -de carácter transitorio o temporal- al principio de igualdad de trato (artículo 7), como es la fijación de una edad de jubilación diferente para hombres y mujeres, con la intención de posibilitar a los Estados miembros adecuar progresivamente sus legislaciones nacionales de Seguridad Social a ese principio sin perturbar traumáticamente el complejo equilibrio económico de sus sistemas de pensiones.

La Directiva insta a los Estados miembros a aplicar del principio de igualdad de trato en sus sistemas jurídicos adoptando las medidas necesarias para suprimir las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas contrarias al principio de igualdad de trato (artículo 5) así como estableciendo cuantas disposiciones sean necesarias para ajustarse al texto de la norma comunitaria (artículo 8). Además, prevé un mecanismo de tutela de las personas que se consideren perjudicadas por el incumplimiento de las obligaciones de la Directiva, de modo que puedan hacer valer sus derechos en vía jurisdiccional (artículo 6).

Con todo, las repercusiones iniciales de la Directiva 79/7/CEE supusieron la erradicación discriminaciones directas por razón de sexo bajo nociones como cabeza de familia, esposa a cargo o mujer casada presentes en las legislaciones internas de Seguridad Social, respuesta adecuada a la visión de la mujer como esposa o miembro subordinado de una

²⁰ LÓPEZ GANDÍA, J., "La Directiva comunitaria 79/7 de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social y sus repercusiones en el Derecho Español", Noticias CEE, nº 43-44, agosto-septiembre 1988, pág. 156.

²¹ Asunto DRAKE, citado y STJCE de 16 julio 1992, asuntos acumulados JACKSON Y CRESSWELL, C-63/91 y C-64/91, , entre otras.

²² STJCE de 11 julio 1991, asunto JOHNSON, C-31/90.

estructura familiar; posteriormente se han ido descubriendo formas más sutiles de discriminación -discriminaciones indirectas- que responden a la imagen de la mujer en sí misma y en comparación o por contraste con el hombre que, al menos en el sistema español de Seguridad Social, no han sido corregidas o erradicadas efectivamente; dicho de otro modo, España aún no ha transpuesto esta directiva ya clásica o lo ha hecho incorrectamente, con todo lo que ello implica²³.

3.2. Principio de igualdad de trato en los regímenes profesionales de Seguridad Social

La Directiva 86/378/CEE, de 24 de julio de 1986, regula la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes profesionales de Seguridad Social. Esta norma ha sido modificada por la Directiva 96/97/CE, de 20 de diciembre de 1996, debido a razones de “seguridad jurídica” que imponen la necesidad de adecuar la Directiva 86/378/CEE a una consolidada jurisprudencia comunitaria en torno al artículo 141 TCE (antiguo 119 TCEE) que consagra el principio de igualdad de retribución entre trabajadores masculinos y femeninos para un mismo trabajo.

El ámbito de aplicación es definido a partir de la diferencia entre regímenes legales (de la Directiva 79/7/CEE) y regímenes profesionales de Seguridad Social, pues la Directiva 86/378/CEE indica que éstos son los no regulados por la Directiva 79/7/CEE (es decir, los regímenes legales o públicos de Seguridad Social) cuya finalidad estriba en proporcionar a los trabajadores, por cuenta ajena o autónomos, agrupados en el marco de una empresa o de un grupo de empresas, de una rama económica o de un sector profesional o interprofesional, prestaciones destinadas a completar las prestaciones de los regímenes legales de Seguridad Social o a sustituirlas, tanto si la adscripción a tales regímenes es obligatoria o facultativa (artículo 2.1).

La jurisprudencia comunitaria caracteriza uno y otro tipo de regímenes por contraste: en principio, los regímenes legales están regulados directamente por la ley y excluyen cualquier elemento de concertación; en su financiación participan los poderes públicos, sus prestaciones son de carácter básico, no complementario que afectan a categorías generales de trabajadores (es decir, son de aplicación obligatoria a esos individuos) y son concedidas al trabajador por el hecho de haber cumplido los requisitos legales establecidos y no en virtud de la relación laboral. En cambio, los regímenes profesionales en su regulación incorporan el elemento convencional lo que no pugna con el hecho de ser adoptado conforme a las disposiciones legales; su financiación es a cargo exclusivo del empresario o con participación de los trabajadores y la concesión de prestaciones tiene su fundamento en la relación laboral vigente o extinta entre empresario y trabajador, de modo que se configura como un pago diferido, una forma de salario²⁴.

²³ Sirva de ejemplo la deficiente protección social de los empleados de hogar a través del Régimen Especial correspondiente (Decreto 2364/1969 y normas concordantes) o las exclusiones del ámbito de protección del Sistema de la Seguridad Social que generan en detrimento de las mujeres las normas de inclusión en el Régimen Especial Agrario para los trabajadores por cuenta propia (artículo 2.2 Decreto 3772/1972).

²⁴ STJCE de 11 julio 1991, asuntos VERHOLEN, C-87/90; STJCE de 30 enero 1997, LIVIA BALESTRA, C-139/95; STJCE de 6 octubre 1993, TEN OEVER, C-107/91; STJCE de 25 mayo 1971, DEFRENNE I, 80/70; STJCE de 25 mayo 2000, PODESTA, C-50/99, entre otras. En concreto, el TJCE en la sentencia de 12 septiembre 2002, asunto NIEMI, C-351/00, sostiene que si un régimen de pensiones está directamente establecido por la ley, ello supone un indicio de que las prestaciones abonadas en virtud del mismo son prestaciones de Seguridad Social, indicio insuficiente para excluir por sí mismo este régimen del ámbito de aplicación del artículo 119 TCEE.

Cada criterio de los apuntados no es por sí mismo verdaderamente decisivo para diferenciar en cualquier caso cuándo se trata de un régimen legal o profesional de Seguridad Social²⁵; con todo, el único determinante a esos efectos es, a decir de la jurisprudencia comunitaria, *el criterio del empleo*, en virtud del cual si el abono de la pensión al trabajador trae causa en la relación de trabajo que le vincula a su antiguo empresario²⁶, entonces estamos en presencia de un régimen profesional de Seguridad Social²⁷, entrando esa pensión –por ser una forma de retribución, como más adelante se verá– en el ámbito de aplicación del artículo 119 TCEE (actual 141 TCE).

El Tribunal de Justicia ha establecido la identidad entre retribución y cualquier forma de pensiones de empresa a través de una interpretación sumamente amplia del término “retribución” del artículo 119 TCEE, hasta el punto de incardinar los regímenes profesionales de Seguridad Social en el campo de aplicación de aquel artículo, afectándoles en toda su dimensión el principio de igualdad de trato y no discriminación por razón de sexo. Es esta jurisprudencia y en concreto la asimilación entre las prestaciones pagadas por los regímenes profesionales y las “gratificaciones satisfechas, directa o indirectamente, por el empresario al trabajador en virtud de la relación de trabajo” establecida en la sentencia BARBER²⁸ la que ha motivado la modificación de la Directiva 86/378/CEE por la Directiva 96/97/CE. No obstante, es una jurisprudencia con alcance limitado, desde el punto de vista temporal, porque el efecto directo del artículo 119 TCEE sólo puede invocarse para exigir un tratamiento igualitario respecto de las prestaciones de regímenes profesionales devengadas en períodos de empleo posteriores al 17 de mayo de 1990 (fecha de la sentencia BARBER), salvo en los supuestos de acciones interpuestas o reclamaciones presentadas con esa pretensión antes de la fecha señalada por los trabajadores o sus derechohabientes (artículo 2 Directiva 96/97/CE).

El Tribunal de Justicia, ahondando en el tema, señala que un pensión abonada en virtud de un régimen de Seguridad Social –que en principio no va a calificar claramente como profesional o legal– debe obedecer a tres criterios para ser interpretada a la luz del artículo 119 TCEE: primero, que afecte sólo a una categoría particular de trabajadores, lo que tiene lugar

²⁵ En la sentencia de 14 diciembre 2000, asunto COMISIÓN c. REPÚBLICA HELÉNICA, C-457/98, el TJCE únicamente otorga validez al criterio del empleo y rechaza los restantes que pretendían justificar la inclusión de un régimen de Seguridad Social en el ámbito de los de carácter público sustrayéndolo de este modo del marco de los regímenes profesionales en base a que su regulación era por ley y con exclusión de cualquier participación empresarial o convencional, o que sus modalidades de funcionamiento obedecían a razones de política social y no a la relación laboral, incluso que no revestía carácter complementario respecto a ningún otro régimen de Seguridad Social porque sus prestaciones no sustituían total o parcialmente las concedidas por otro régimen de Seguridad Social.

²⁶ En el asunto NIEMI citado, insiste el TJCE en el criterio del empleo como determinante de la consideración de una pensión de jubilación de funcionarios en el ámbito de aplicación del artículo 119 TCEE y por tanto como integrante de un régimen profesional de Seguridad Social, destacando que esa pensión es “pagada por el Estado en su condición de empleador”. Continuando esa línea de argumentación y con un supuesto fáctico similar, la STJCE de 29 de noviembre 2001, asunto GRIESMAR, C-366/99, incardina la pensión del régimen de jubilación de funcionarios en el artículo 119 TCEE porque la concesión de la pensión estaba en función directa del tiempo de servicios prestados y el cálculo de su cuantía se basaba en la retribución que el interesado había percibido en un período de tiempo inmediato anterior, todo lo cual conduce a sostener que se cumple el criterio del empleo.

²⁷ STJCE de 17 abril 1997, asunto EVRENOPOULOS, C-147/95 y asunto NIEMI, citado.

²⁸ STJCE de 17 mayo 1990, asunto C-262/88.

cuando el acceso a la pensión de jubilación se vincula a unos límites de edad específicamente fijados para determinadas categorías de trabajadores difiriendo de los límites de edad del régimen general de jubilación establecido para todos los empleados; segundo, que el acceso a la pensión esté directamente en función de los años de servicio cumplidos quedando afectada la cuantía de la pensión abonada por la duración de la actividad del trabajador; y tercero, que el importe de la pensión se calcule sobre la base del valor medio de la retribución percibida durante un período limitado de años inmediatamente anteriores a la jubilación²⁹.

La jurisprudencia comunitaria apreció y destacó la contrariedad existente entre el principio de igualdad de trato del artículo 119 y la fijación de edades diferenciadas en razón del sexo para acceder a las prestaciones de un régimen profesional de Seguridad Social, aunque tales edades coincidieran con las previstas en el régimen legal de Seguridad Social. Para adaptarse a esta interpretación, el artículo 2.3 añadido por la Directiva 96/97/CE establece que no es contrario a la Directiva 86/378/CEE que un empresario conceda un complemento a las personas que han alcanzado la edad de jubilación conforme al régimen profesional hasta que cumplan la edad prevista para obtener la pensión legal de jubilación, con la finalidad de igualar o aproximarse al importe de las prestaciones globales que perciben las personas del sexo opuesto en la misma situación que ya han alcanzado la edad legal de jubilación.

El principio de igualdad de trato de esta Directiva supone la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, ya sea directa o indirectamente, en especial con relación al estado matrimonial o familiar, particularmente en relación al ámbito de aplicación de los regímenes y las condiciones de acceso a los mismos, la obligación de cotizar y el cálculo de las cotizaciones y el cálculo de las prestaciones (artículo 5). La Directiva señala en una lista abierta ciertas disposiciones que con frecuencia aparecen en los regímenes profesionales de Seguridad Social y que son susceptibles de constituir discriminaciones directas o indirectas por razón de sexo, como pueden ser las que definen el campo de aplicación personal o las que establecen condiciones diferenciadas de acceso a las prestaciones para hombres y mujeres (artículo 6 de la Directiva 86/378 modificado por la Directiva 96/97).

El ámbito subjetivo, regulado en el artículo 3 se refiere a la población activa, incluidos los trabajadores autónomos, los trabajadores cuya actividad se vea interrumpida por enfermedad, maternidad, accidente o paro involuntario, a los demandantes de empleo, a los trabajadores jubilados y a los inválidos, así como –conforme incorpora la Directiva 96/97– a los derechohabientes de dichos trabajadores, que serán los que determine la legislación o práctica nacional de cada país miembro. Es evidente que lo comentado al tratar el ámbito personal de la Directiva 79/7/CEE sería de aplicación aquí por la gran similitud existente entre ambos preceptos, si bien hay que destacar que, a diferencia de los regímenes legales, el campo de aplicación de los regímenes profesionales incluye expresamente a los beneficiarios de prestaciones por maternidad y a los derechohabientes de los trabajadores, sujetos que serán determinados no por el Derecho comunitario como ocurriera con la noción de trabajador (*de contenido y alcance comunitarios*) sino en virtud de las legislaciones y prácticas nacionales.

²⁹ Asunto NIEMI, citado.

El ámbito material comprende los regímenes profesionales que aseguren una protección contra los riesgos de enfermedad, invalidez, vejez (incluyendo las jubilaciones anticipadas), accidente laboral, enfermedad profesional y desempleo. Además, comprende aquellos regímenes profesionales que prevean otras prestaciones sociales, en particular prestaciones familiares y de supervivencia, que, por destinarse a los trabajadores por cuenta ajena, tienen la consideración de gratificaciones pagadas por el empresario al trabajador en virtud de la relación laboral (artículo 4). Respondiendo a su naturaleza flexibilizadora, la Directiva incorpora alguna exclusión al principio de igualdad de trato ya que permite aplazar la aplicación de ese principio a los regímenes profesionales de trabajadores autónomos, exclusión que se verá limitada temporalmente por la norma comunitaria (artículo 9, redacción dada por la Directiva 96/97/CE).

Para una adaptación o transposición adecuada, la Directiva 86/378/CEE conmina con carácter general a los Estados miembros a incorporar en los sistemas nacionales las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas pertinentes (artículo 12) y en concreto les insta a revisar los regímenes profesionales existentes en sus ordenamientos internos para comprobar su adecuación al principio de igualdad de trato y controlar a priori esa adecuación respecto de regímenes profesionales pendientes de licencia administrativa (artículo 7), a supervisar las disposiciones contrarias al principio de igualdad de trato de los regímenes profesionales de trabajadores autónomos (artículo 8, modificado por la Directiva 96/97) y a establecer las garantías necesarias para la defensa de los trabajadores frente a cualquier despido que constituya una represalia del empresario frente a una queja formulada a nivel empresarial o a una acción ante los Tribunales para hacer respetar el principio de igualdad de trato (artículo 11), aspectos reveladores de la limitada libertad en la elección de la forma y de los medios de que gozan los Estados miembros para lograr el resultado de la aplicación del principio de igualdad de trato sobre los regímenes profesionales de Seguridad Social.

No falta en la Directiva 86/378 la previsión de mecanismos de tutela para que las personas que se vean perjudicadas por la no aplicación del principio de igualdad de trato puedan interponer recursos en vía jurisdiccional para hacer valer sus derechos (artículo 10).

3.3. Principio de igualdad de trato y trabajo por cuenta propia

En el marco de la política de fomento de la igualdad de oportunidades para las mujeres también se ha adoptado la Directiva 86/613/CEE, de 11 de diciembre de 1986, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejerzan una actividad autónoma, incluidas las actividades agrícolas, así como sobre la protección de la maternidad. Se trata de una norma que regula aspectos atinentes de manera específica al colectivo de trabajadores por cuenta propia, aspectos diferentes a los previstos en las Directivas 76/207/CEE³⁰ y 79/7/CEE, normas ambas reguladoras de la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres a las condiciones de trabajo y a los regímenes legales de Seguridad Social respectivamente, que en su ámbito de aplicación

³⁰ Directiva 76/207/CEE, de 9 febrero 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo.

subjetivo incluían a los trabajadores autónomos. La Directiva 86/613 tiene un objetivo básico: la aproximación de las legislaciones nacionales relativas a los trabajadores autónomos, que entre sí presentan importantes diferencias, en especial vulnerando el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres.

Se trata de una norma que, a diferencia de la Directiva 79/7 –la cual trata de completar-, parece fiel a los caracteres que teóricamente identifican a las directivas: como se verá, señala un resultado a lograr y deja a los Estados miembros amplia libertad en la forma y los medios para alcanzarlo. Ese resultado es la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en aspectos genéricos, tanto laborales como de Seguridad Social, de la regulación jurídica del trabajo por cuenta propia.

La Directiva 86/613 define el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejerzan una actividad autónoma o que contribuyan al ejercicio de dicha actividad como la ausencia de cualquier discriminación por razón de sexo, sea directa o indirectamente, con referencia particular al estado matrimonial o familiar, sin añadir, como hicieran otras directivas aun a modo ejemplificativo o ilustrativo, materias susceptibles de vulnerar ese principio.

El campo de aplicación de la Directiva comprende dos grupos, uno principal, el de trabajadores autónomos caracterizados por el ejercicio de una actividad autónoma conforme a los condicionamientos legales nacionales, incluidas expresamente la agricultura y las profesiones liberales, y otro subsidiario de aquel, el de los cónyuges no asalariados ni asociados que habitualmente participan en la actividad del trabajador autónomo, sea realizando las mismas tareas o bien otras complementarias (artículo 2). Este precepto deja cierto margen de intervención a las legislaciones nacionales cuando admite que las mismas fijen los requisitos para tener una u otra condición.

Para la aplicación del principio de igualdad de trato en los términos expuestos, en materia de Seguridad Social la Directiva obliga a los Estados miembros a adoptar las medidas necesarias para evitar que el cónyuge del trabajador autónomo quede fuera de la protección del sistema nacional de Seguridad Social, de tal forma que si no entra en el ámbito de protección del régimen del trabajador autónomo tenga la posibilidad de incorporarse sobre una base voluntaria a otro régimen contributivo de Seguridad Social (artículo 6). Respecto de la protección de la maternidad, la Directiva no habla de obligaciones, tan sólo señala que los Estados se “comprometerán” a examinar sus legislaciones nacionales para verificar si la trabajadora autónoma y la cónyuge del trabajador autónomo durante las situaciones de embarazo y maternidad pueden beneficiarse de una prestación económica en el ámbito del sistema público de seguridad Social (artículo 8).

En las disposiciones generales y finales, la Directiva establece la obligación de los Estados miembros de disponer las medidas necesarias para que cualquier persona que se vea perjudicada por la no aplicación del principio de igualdad de trato haga valer sus derechos por vía jurisdiccional. Además, los Estados miembros deben informar a los organismos representativos de los trabajadores autónomos acerca de las medidas que se adopten en aplicación de la presente Directiva (artículos 9 y 10).

3.4. Tutela de la maternidad

La tutela de la mujer a causa de su condición biológica se sitúa en el contexto de la protección de la seguridad y salud de los trabajadores aunque también es materia relacionada

con la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres por ser fuente de tratamientos discriminatorios contra las mujeres. La Directiva 92/85/CE, de 19 octubre 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia, regula algunos aspectos laborales y de Seguridad Social relacionados con la trabajadora que se encuentra en esas circunstancias.

El ámbito personal de la Directiva comprende a las trabajadoras embarazadas, a las que han dado a luz y las que se encuentran en período de lactancia, destacando sólo que las mismas deben comunicar su estado al empresario y dejando que sean las legislaciones nacionales las que determinen los demás requisitos (artículo 2).

En lo que se refiere a la Seguridad Social, esta Directiva prevé dos tipos de prestaciones: una para las situaciones de riesgo durante el embarazo y otra para los casos de bajas por maternidad.

En primer lugar, la norma comunitaria obliga a que las normativas de los países miembros garanticen el “beneficio de una prestación adecuada” a las trabajadoras embarazadas, que han dado a luz o en período de lactancia que se encuentren en una situación de riesgo para su seguridad y salud (artículo 11.1). Esas situaciones de riesgo son las que pueden conducir a la adaptación provisional de las condiciones de trabajo y/o del tiempo de trabajo de la trabajadora embarazada o en período de lactancia o a separarlas de sus actividades, incluso, en el caso de que realicen un trabajo nocturno, a trasladarlas a un trabajo diurno o dispensarlas del trabajo o bien prolongar su permiso de maternidad cuando el traslado no es posible técnica ni objetivamente por motivos justificados (artículos 5, 6 y 7). Se trata de una garantía adicional o alternativa a la protección de los derechos derivados del contrato de trabajo, que supone asegurar a la trabajadora en aquellas circunstancias unos ingresos equivalentes, como mínimo, a los que percibiría en caso de interrumpir sus actividades por motivos de salud.

En segundo lugar, la Directiva también obliga a los Estados miembros a mantener el beneficio de una prestación *adecuada* durante el permiso de maternidad (artículo 11.2 b), considerando que es adecuada cuando garantiza unos ingresos equivalentes, al menos, a los que percibiría la trabajadora en caso de interrupción de sus actividades por motivos de salud, dejando a las legislaciones nacionales la limitación máxima de tales ingresos. El Tribunal de Justicia ha señalado que esta prestación se corresponde con todo ingreso que perciba la trabajadora durante aquella situación y que no le sea abonado directamente por el empresario en virtud de la relación de trabajo, ya que en otro caso sería “retribución”³¹.

La Directiva faculta a los Estados miembros a someter el derecho de acceso a tales prestaciones al cumplimiento por parte de la trabajadora afectada de los requisitos que establecen las legislaciones nacionales para obtener tales prestaciones, con la sola limitación de no incluir entre los mismos uno relativo a cubrir períodos de trabajo superiores a los doce meses inmediatamente anteriores a la fecha prevista para el parto.

Para tutelar los derechos aquí reconocidos, la Directiva incorpora la clásica previsión conforme a la cual la trabajadora que se vea perjudicada por el incumplimiento de las obligaciones derivadas de esta norma comunitaria podrá hacer valer sus derechos por vía jurisdiccional de acuerdo con las legislaciones y/o prácticas nacionales.

³¹ STJCE de 27 octubre 1998, asunto BOYLE, C-411/96.

4. CONCLUSIONES

En términos generales, puede apreciarse cómo las Directivas sobre los regímenes legales y profesionales de Seguridad Social definen el principio de igualdad de trato y el ámbito personal y material sobre el que aquel se aplica con una precisión tal que podría decirse que son poco fieles a la naturaleza que es propia a este tipo de normas; si a ésto se añade la interpretación extensiva de una consolidada jurisprudencia comunitaria, podría valorarse positivamente la actuación –legislativa y judicial- comunitaria.

Sin embargo, creemos que la mayor o menor efectividad real de esta normativa comunitaria debería medirse tomando como parámetro las exclusiones expresas de su ámbito de aplicación que suponen, en definitiva, concesiones a los Estados miembros por razones de diversa índole –posiblemente la principal sea financiera- para eludir la aplicación del principio de igualdad de trato, como ocurre con las prestaciones familiares y las prestaciones de muerte y supervivencia, sobre las que las Directivas no obligan a los Estados miembros a aplicar el principio de igualdad de trato cuando son precisamente en las que con mayor intensidad se manifiesta el tratamiento discriminatorio por razón de sexo que sufren las mujeres, lo cual nos lleva a relativizar aquella valoración positiva inicial.