

La reforma de la seguridad social desde una perspectiva de género

POR JOSÉ FERNANDO LOUSADA AROCHENA.
Magistrado especialista del Orden Social.
Tribunal Superior de Justicia de Galicia.



RESUMEN

La Seguridad Social se construyó en un periodo histórico donde el trabajo productivo era monopolio masculino. Por ello, desde el acceso masivo de las mujeres al mercado de trabajo, es necesaria una reforma en profundidad de la Seguridad Social. Sin embargo, no se acometió –como era lo lógico– a través de la Ley Orgánica para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres. El retraso en la reforma ha supuesto que se cruzase en su camino una crisis económica sin precedentes. De ahí que la Ley 27/2011, de 1 de agosto, no haya satisfecho las expectativas generadas, limitándose a avances insuficientes en un marco general de retroceso de derechos.

Palabras clave: Derecho de la Seguridad Social. Principio de igualdad de trato y oportunidades de mujeres y hombres.

SUMMARY

Reform on Spanish Social Security Laws from gender perspective

The Social Security was built in a historical period where productive work was male monopoly. Therefore, from the massive entry of women into the labor market, we need a thorough reform of Social Security. However, it was not undertaken, as was logical through Organic Law for Effective Equality of Women and Men. Delaying reform has meant that crossed his path unprecedented economic crisis. Hence, the Law 27/2011 of 1 August, has not met the expectations, offering a insufficient progress to implement the purposes of equality, all of this within a general regression framework of social security rights with adverse impact on gender equality.

Keywords: Social Security Law. Principle of equal treatment and opportunities for women and men.

I. LA HISTÓRICA DESIGUALDAD DE MUJERES Y HOMBRES ANTE EL SISTEMA DE LA SEGURIDAD SOCIAL

El Derecho de la Seguridad Social nació y se construyó históricamente cuando imperaba el sistema de producción industrial, y éste se construyó sobre, y a su vez potenció, la distribución sexual del trabajo. Así las cosas, el hombre era el proveedor de recursos de la familia, y a ello podía dedicar todo su tiempo, dándole esa circunstancia el poder dentro de la familia. Las industrias se organizaban considerando esa disponibilidad masculina de tiempo a través de jornadas amplias y rígidas. Si el sistema de género ataba a las mujeres al hogar, la producción industrial les impedía, con tales requerimientos de jornada, acceder al mercado de trabajo salvo a través de los trabajos marginales –a tiempo parcial, fijos discontinuos, a domicilio–.

No puede resultar extraño, dentro de ese contexto, que el Derecho de la Seguridad Social posibilite el acceso a las prestaciones de los trabajadores por tiempo indefinido y a tiempo completo, esto es a los trabajadores varones cabezas de familia. Las mujeres no tenían acceso a

prestaciones originarias porque no trabajaban, y si lo hacían a través de los trabajos marginales, el sistema no les facilitaba el acceso a prestaciones originarias. Así es que la mujer era siempre una carga –que podía generar derecho a prestaciones familiares o complementos de pensiones–, y las prestaciones derivadas su método normal de acceso a la protección social –la asistencia sanitaria a la mujer del obrero, o las prestaciones de viudedad–.

Tal contexto comenzó a cambiar cuando las mujeres comenzaron a acceder al mercado de trabajo, lo cual acaeció desde mediados del Siglo XX en Europa Occidental, y algo más tarde –a causa del paternalismo imperante durante la dictadura franquista– en España. Pero las reformas consiguientes en materia de Seguridad Social aún fueron más lentas, tanto en Europa como en España, acaso al tratarse de una cuestión de especial sensibilidad. De hecho, en la Ley 26/1985, de 31 de julio, de medidas urgentes para la racionalización de la estructura y de la acción protec-

tora de la Seguridad Social –la primera gran reforma en la materia desde la Constitución de 1978–, ni siquiera se menciona la cuestión de la igualdad.

Será a finales de la década de los ochenta y a principios de la década de los noventa cuando el principio de igualdad de los sexos comience a impregnar la regulación normativa del Sistema de la Seguridad Social, aunque enfocándose en maternidad y conciliación y a través de medidas que ahora se catalogarían como muy tímidas, como la Ley 3/1989, de 3 de marzo, que amplió a 16 semanas el permiso por maternidad, posibilitando su disfrute por el padre en determinadas –y muy limitadas– circunstancias, o la Ley 26/1990, de 26 de diciembre, que introdujo como prestación no contributiva la consideración como cotizados de determinados –y muy limitados– periodos de disfrute de la excedencia para el cuidado de hijos/as.

A partir de entonces, se fueron sucediendo diversas reformas centradas, sobre todo, en maternidad y



conciliación, como la reforma del subsidio de maternidad, desvinculándolo de la enfermedad y elevándolo al 100% en la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, y la mejora de los permisos de maternidad y de los derechos vinculados a las excedencias en la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras. La Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, de Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres, profundizó en las medidas de protección social relativas a maternidad y conciliación, y, como medida sin duda más destacada, introdujo el subsidio de paternidad.

Pero el encargo que la Secretaria General de Políticas de Igualdad hizo al Grupo de Expertos/as que elaboró el documento base para el anteproyecto de la ley de igualdad incluía el mandato de no afectar más que en esos temas concretos al Sistema de Seguridad Social porque sus canales de reforma deberían discurrir a través del Pacto de Toledo. Quedaba así sin remediar la carencia estructural de igualdad de género en el Sistema de la Seguridad Social que se arrastra desde sus orígenes y que las sucesivas reformas, lejos de afrontar con afán de corrección, han ahondado en muchos aspectos –por ejemplo, con el tratamiento perjudicial del trabajo a tiempo parcial–, generando una importante brecha pensional entre sexos.

II. EL IMPACTO DE LA LEY 27/2011, DE 1 DE AGOSTO, SOBRE LA IGUALDAD DE MUJERES Y HOMBRES

A Impacto general sobre la igualdad de los sexos: la igualdad sigue siendo deficitaria

La histórica desigualdad estructural del Sistema de Seguridad Social, cuyo abordaje quedó fuera de la LOIEMH, parecía iba a ser corregida con ocasión de la importante reforma constantemente anunciada

desde hace algunos años por el Gobierno. Sin embargo, el escaso convencimiento que, sobre el tema de la igualdad, han demostrado siempre los Poderes Públicos, unido a que en el camino se cruzó la crisis económica, desplazaron la igualdad –como tantas otras veces– a un segundo plano. El Documento sobre revisión del Pacto de Toledo, que el Gobierno presentó a 29.1.2011, aunque incluía un apartado sobre el “impacto de género en el sistema de protección social”, defraudaba en su contenido las expectativas generadas.

Así es que la Ley 27/2011, de 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización de la Seguridad Social –que culminó el proceso de reforma iniciado con el citado Documento–, no ha remediado la histórica desigualdad estructural del Sistema de la Seguridad Social. Si a ello le unimos que sus dos reformas más destacadas han sido desplazar de los 65 a los 67 años la edad ordinaria de jubilación y ampliar de 15 a 25 años el periodo de cálculo de la base reguladora de la pensión de jubilación, debemos concluir que las mujeres, que suelen interrumpir su trabajo para cuidar a sus hijos/as y a su familia, tendrán más dificultades en acceder a pensiones dignas en el brazo contributivo de la Seguridad Social.

Ciertamente, se introducen algunas medidas directamente referidas a la igualdad entre mujeres y hombres como son la pequeña ampliación de los periodos de ocupación cotizada por cuidado de hijos, la tímida regulación del trabajo de colaboración en la explotación familiar, o la incompleta integración –no abarca el desempleo– en el régimen general del régimen especial de empleadas de hogar. Pero son medidas totalmente insuficientes. Aparte de dejar aparcada la solución de cuestiones de tanta relevancia para las mujeres como la reforma integral de la pensión de viudedad –solo ligeramente retocada–, o la equiparación del trabajo parcial al trabajo a tiempo completo –eso sí con un episodio de publicidad legal–.

Dejando en conclusión meridianamente claro que la Ley 27/2011, de 1 de agosto, no ha corregido la histórica desigualdad estructural del Sistema de Seguridad Social, presumiblemente incluso la ha acentuado, examinaremos a continuación cuáles son los elementos –insuficientes– dirigidos a eliminar la histórica desigualdad estructural del Sistema de Seguridad Social, y los elementos correctores –asimismo insuficientes– del efecto perverso de sus dos más destacadas reformas. La Ley 27/2011, de 1 de agosto, con la mala conciencia de haber dejado esos temas sin resolver satisfactoriamente, ha intentado lavar la cara con una cantidad importante de propaganda legislativa en cuestiones de igualdad de mujeres y hombres.

B La reforma de la pensión de viudedad: continuamos a la espera de la solución definitiva

La disposición adicional 30^a de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, habilita al Gobierno para que, a partir de 1 de enero de 2012, mejore la cuantía de la pensión de pensionistas con esa edad y sin derecho a otras prestaciones públicas, sin ingresos del trabajo y con rendimiento o rentas inferiores al límite de ingresos establecido para la pensión mínima de viudedad, y anuncia una modificación legal para que se regule un mecanismo corrector de la progresividad del impuesto de la renta en el caso de pensiones de viudedad que se acumulen exclusivamente con rentas procedentes del trabajo. Pero la disposición adicional 9^a del Real Decreto Ley 20/2011, de 30 de diciembre, ha aplazado sine die su aplicación.

Y la disposición final 7^a, apartado noveno, de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, introduce un segundo apartado en la disposición transitoria 18^a de la LGSS, según el cual “también tendrán derecho a la pen-



sión de viudedad las personas que se encuentren en la situación señalada en el primer párrafo del apartado anterior, aunque no reúnan los requisitos señalados en el mismo, siempre que se trate de personas con 65 o más años, no tengan derecho a otra pensión pública y la duración del matrimonio con el causante de la pensión no haya sido inferior a 15 años”. Se sigue así parcheando el dislate que supuso modificar las pensiones de viudedad de cónyuges históricos en la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, sin transitorias¹.

Estamos ante una norma con muchos problemas y que, muy probablemente, causará importante litigiosidad. De entrada, no es claro el alcance de la remisión a “las personas que se encuentren en la situación señalada en el primer párrafo del apartado ante-

rior”, que se puede entender se refiere a personas separadas o divorciadas antes del 1 de enero de 2008, o se refiere, además, a la exigencia de no haber transcurrido un tiempo superior a 10 años entre separación o divorcio y fallecimiento del causante. A nuestro juicio, lo primero. En otro caso, a la vista de las exigencias del apartado primero –matrimonio de 10 años e hijos o edad superior a 50 años–, el segundo se quedaría sin ámbito posible en su aplicación práctica.

Cuestión muy problemática es a cuáles hechos causantes se aplica este nuevo supuesto de transitoriedad: ¿sólo a los fallecimientos acaecidos desde la entrada en vigor de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, es decir el 1.1.2013, porque el nuevo apartado segundo se introduce en esa Ley? ¿también a los acaecidos desde la en-

1

El primer parche dirigido a facilitar una transición moderada del sistema anterior a la Ley 40/2007, de 4 de diciembre –en el cual los cónyuges históricos accedían automáticamente a la pensión de viudedad–, al vigente –que obliga a los cónyuges históricos, para acceder a la pensión de viudedad, a ser acreedores de pensión compensatoria–, lo puso la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, que introdujo una disposición transitoria, la 18ª, en la LGSS, rubricada “norma transitoria sobre pensión de viudedad en supuestos de separación judicial o divorcio anteriores al 1 de enero de 2008”, en la cual se establece que “el reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad no quedará condicionado a que la persona divorciada o separada judicialmente sea acreedora de la pensión compensatoria a que se refiere el segundo inciso del párrafo primero del apartado 2 del artículo 174 de esta Ley, cuando entre la fecha del divorcio o de la separación judicial y la fecha del fallecimiento del causante de la pensión de viudedad haya transcurrido un periodo de tiempo no superior a diez años, siempre que el vínculo matrimonial haya tenido una duración mínima de diez años y además concorra en el beneficiario alguna de las condiciones siguientes:

a) La existencia de hijos/as comunes del matrimonio o

b) Que tenga una edad superior a los 50 años en la fecha del fallecimiento de la persona causante de la pensión.

La cuantía de la pensión de viudedad resultante se calculará de acuerdo con la normativa vigente con anterioridad a la fecha de entrada en vigor de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social. En los supuestos a que se refiere el primer párrafo de esta disposición transitoria, la persona divorciada o separada judicialmente que hubiera sido deudora de la pensión compensatoria no tendrá derecho a pensión de viudedad. En cualquier caso, la separación o divorcio debe haberse producido con anterioridad a la fecha de la entrada en vigor de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social.

Lo dispuesto en esta disposición transitoria será también de aplicación a los hechos causantes producidos entre el 1 de enero de 2008 y el 31 de diciembre de 2009, e igualmente les será de aplicación lo dispuesto en el artículo 174, apartado 2, de esta Ley”. Tras la Ley 27/2011, de 1 de agosto, esto conforma el primer apartado.

2

Y es que la Ley 27/2011, de 1 de agosto, nos obsequia con un spot de publicidad legislativa al establecer, en el apartado 2 de la nueva disposición adicional 60ª de la LGSS que, “en función de las posibilidades económicas del sistema de la Seguridad Social, podrán adoptarse las disposiciones necesarias para que el cómputo, como cotización efectiva, del periodo de cuidado por hijo o menor, en los términos contenidos en el párrafo primero del apartado anterior, se anticipe antes del 2018, en los supuestos de familias numerosas”. En este caso, ni siquiera se compromete a hacerlo, sino que ya se verá.



trada en vigor de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, es decir el 1.1.2008, porque lo pretendido por la Ley 27/2011, de 1 de agosto, es cubrir la laguna de ésta en cuanto a normas transitorias? ¿o una fecha intermedia porque el apartado primero de la disposición adicional 18ª de la LGSS, al cual se remite el segundo, se introdujo en la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, en vigor desde 1.1.2010?

Tras el examen de las novedades acometidas en la pensión de viudedad –que se resumen en la previsión de una mejora de la cuantía en determinados supuestos en situación de stand-by, y en la introducción de una nueva transitoriedad en las pensiones de viudedad de cónyuges históricos–, se puede concluir sin temor a equivocarse que la “reforma integral de la pensión de viudedad” que se anunciaba pomposamente en la disposición adicional 25ª de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de Medidas de Seguridad Social, sigue durmiendo el sueño de los justos, sin que el legislador sepa ofrecer a los viudos/as una cobertura completa de sus necesidades a través de la individualización de los derechos prestacionales.

Solución aplicada en muchos países europeos y fomentada desde las instituciones comunitarias es la de eliminar una pensión de viudedad vinculada al hecho del matrimonio, no a las reales necesidades del viudo/a, acompañando esa eliminación (1) con medidas adicionales de protección de familias monoparentales –la allocation de parent isolé de Francia, o el subsidio temporal de viudedad de Suecia–, o de reparto de las cotizaciones sociales realizadas constante matrimonio –como el splitting de pensiones de Alemania–, y (2) con amplias disposiciones transitorias que eviten cambios bruscos que llevarían a la indignancia a mujeres que en su momento actuaron conforme los roles sociales imperantes de cuidadora de la familia.

C Los periodos de ocupación cotizada por cuidado de hijos: otro pequeño avance

Sin duda sabedora de que la ampliación de la edad de jubilación y el incremento de los periodos de cálculo de la cuantía de pensión afectará especialmente a los derechos de pensión de las mujeres, con carreras de cotización más irregulares y con trabajos en la periferia del mercado debido a su dedicación a las tareas domésticas, la Ley 27/2011, de 1 de agosto, dedica su artículo 9, con una finalidad compensadora de esa función social, a los “beneficios por cuidado de hijos”, aunque, a pesar de tan rimbombante título, son beneficios –como se comprobará al analizar en detalle su régimen jurídico– de alcance previsiblemente muy escaso, sin que vayan a reducir la brecha pensional actualmente existente entre los sexos.

Tal artículo contiene dos apartados. El primero introduce una disposición adicional, la 60ª, en la LGSS rubricada “beneficios por cuidado de hijos o menores”, en el cual se reconoce el cómputo como cotizado de 112 días por cada hijo/a o menor adoptado o acogido, una duración que “se incrementará anualmente, a partir del año 2013 y hasta el año 2018, hasta alcanzar el máximo de 270 días por hijo en el año 2019” –se trata de una norma imperativa, de modo que, aun sin desarrollo reglamentario, el periodo se debiera entender incrementado en 26,3 días cada año, es decir el resultado de dividir entre 6 años la diferencia entre 270 y 112–, o puede que antes si familia numerosa², en las condiciones y con los efectos siguientes:

La cotización debe ser realmente interrumpida y debe ser realmente interrumpida a consecuencia “de la extinción de la relación laboral o de la finalización del cobro de presta-

ciones de desempleo producidas entre los nueve meses anteriores al nacimiento, o los tres meses anteriores a la adopción o acogimiento permanente y la finalización del sexto año posterior a dicha situación”, lo cual supone dejar fuera del beneficio a quienes –especialmente mujeres que, por cuidar a su familia, demoran su entrada en el mercado de trabajo– no se han incorporado al mercado de trabajo con anterioridad al embarazo, adopción o acogimiento permanente.

El beneficio se reconocerá a uno de los progenitores y en caso de controversia entre ellos se otorgará el derecho a la madre. Se trata de una norma criticable porque lo propio sería individualizar el derecho –un derecho a cada progenitor– o distribuirlo según criterios predeterminados legal o reglamentariamente –por ejemplo, en proporción directa al tiempo en que cada uno de los progenitores interrumpió realmente su trabajo–. Al no hacerlo así, la controversia está servida en supuestos de nulidad, separación o divorcio, y la atribución siempre a la madre, de dudosa constitucionalidad porque difícilmente se puede considerar acción positiva, es incluso chocante en casos de custodia compartida o atribuida al padre.

Será compatible el beneficio con “lo dispuesto en la disposición adicional cuadragésima cuarta (de la LGSS)” –es decir con los periodos de cotización asimilados por parto, que, al estar vinculados al parto, son beneficios exclusivamente femeninos– y se aplicará “en cualquier régimen de Seguridad Social y a todos los efectos salvo para el cumplimiento del periodo mínimo de cotización exigido”. También se aplicará “a los exclusivos efectos de determinar la edad de acceso a la jubilación prevista en la letra a) del apartado 1 del artículo 161 (de la LGSS)”, aplicándose a estos solos efectos con una duración de 270 días desde la entra-



da en vigor de la Ley 27/2011, de 1 de agosto –es decir, desde el 1 de enero de 2013–.

La regulación se completa estableciendo que “en cualquier caso, la aplicación de los beneficios establecidos en la presente disposición no podrá dar lugar a que el periodo del cuidado de hijo/a o menor, considerado como periodo cotizado, supere cinco años por beneficiario”, una limitación que “se aplicará, de igual modo, cuando los mencionados beneficios concurren con los contemplados en el artículo 180.1 de esta Ley (LGSS)” –aunque no cuando concurren con los contemplados en el 180.2, 3 y 4–. No se acaba de entender por qué, si se pretende favorecer a las familias numerosas, se establece dicha limitación de cinco años que –cuando el beneficio alcance los 270 días– no premiará por los hijos más allá del sexto.

El apartado segundo del artículo 9 de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, reforma el apartado 1 del artículo 180 de la LGSS para ampliar el periodo de ocupación cotizada de los dos primeros años de la excedencia para el cuidado del hijo o hija –solo ampliable a 30 meses y a 36 meses si familia numerosa de categoría general o de categoría especial, respectivamente–, a los tres años –lo cual absorbe las ampliaciones para familias numerosas–. Se trata de una norma que, a nuestro juicio, será más testimonial que efectiva porque, con la crisis de empleo que padece el país, difícilmente un trabajador o –quizás mejor– trabajadora estirará la excedencia hasta su duración máxima con el riesgo que ello conlleva de desprofesionalización.

Haciendo una recapitulación, no es difícil comprobar, de un lado, el avance lento –aunque es cierto que, desde 1990, en que se introdujo el artículo 180 de la LGSS, ha sido sin pausa– en el reconocimiento de derechos tendentes a garantizar la continuidad de la carrera de seguro cuando se interrumpe el trabajo por

causa del cuidado de hijos –o, en general, de familiares–, y, de otro lado, la distancia aún existente con otros ordenamientos europeos, como el alemán, donde se premia el cuidado del hijo o hija hasta los 3 años, o si es dependiente hasta los 18 años, pudiéndose acumular esos premios si es simultánea la crianza de varios hijos, sin exigir estar o haber estado trabajando, y hasta acceder a la pensión de jubilación.

Quizás la conciencia de que se puede hacer más es lo que justifica que, en la disposición adicional 5ª de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, se haya encomendado “al Gobierno que en el plazo de un año presente en la Comisión no Permanente de Seguimiento y Evaluación de los Acuerdos del Pacto de Toledo un estudio sobre las medidas a adoptar para impulsar los mecanismos que incorporen los periodos de atención y cuidado de los hijos, de las personas con discapacidad o personas en situación de dependencia, como elementos a considerar en las carreras de cotización de las mujeres... (evaluando) económicamente las medidas que se propongan, y también la actual regulación existente en el sistema de Seguridad Social”.

D El tratamiento del trabajo a tiempo parcial: una cuestión siempre pendiente de arreglo

La eliminación de las desigualdades en la protección del trabajo a tiempo parcial que, por las exigencias de un sistema productivo construido sobre la distribución masculina de los tiempos y por la dedicación de las mujeres a las tareas domésticas, ocupa a más mujeres que hombres, obligaría a corregir el cálculo perjudicial de bases reguladoras de subsidios de incapacidad, maternidad, paternidad y riesgo, o –ejemplo más conocido– el cómputo de carencias por horas cotizadas que, en su versión más dura anterior a la vigente, se declaró inconstitucional por la STC 252/2004, de 22.12, y cuyo

arreglo no para de demorarse –si bien esa forma de cómputo la tacha de discriminatoria la STJCE de 10.6.2010, Caso Bruno y Pettini–.

Así las cosas, la Ley 27/2011, de 1 de agosto, elude la solución, aunque –en un nuevo ejemplo de publicidad legal– anuncia, en su disposición adicional 29ª, la presentación por el Gobierno, en el plazo de un año, de “un proyecto de ley que mejore la consideración de los períodos cotizados de los trabajadores a tiempo parcial y en los contratos fijos discontinuos”. Si bien la solución no consistirá en corregir la causa de la discriminación sexista indirecta –es decir el cómputo de la carencia por horas–, sino en moderar en parte sus efectos perjudiciales a través del “incremento del coeficiente multiplicador establecido actualmente para causar derecho a las pensiones de jubilación e incapacidad permanente”.

No debemos olvidar que, al momento presente, se encuentran en trámite diversas cuestiones de constitucionalidad ante el Tribunal Constitucional, e incluso alguna cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, que, si salen adelante como debieran, resolverían la cuestión de una manera más propia, es decir corrigiendo la causa de la discriminación sexista a través de la declaración de inconstitucionalidad o inadecuación al derecho comunitario del cómputo por horas de la carencia de las prestaciones, sustituyéndolo por el cómputo del tiempo que en cada prestación se exija –por ejemplo, en la jubilación contributiva, el de 15 años aplicable a los trabajadores a tiempo completo–.

E El cónyuge del titular de establecimientos mercantiles: una solución incompleta, compleja y parcial

La disposición adicional 52ª de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, rubricada “cónyuges de titulares de establecimientos familiares”, establece que “en aquellos supuestos en que

quede acreditado que uno de los cónyuges ha desempeñado, durante el tiempo de duración del matrimonio, trabajos a favor del negocio familiar sin que se hubiese cursado la correspondiente alta en la Seguridad Social, en el régimen que correspondiese, el juez que conozca del proceso de separación, divorcio o nulidad comunicará tal hecho a la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, al objeto de que por ésta se lleven a cabo las actuaciones que correspondan. Las cotizaciones no prescritas que, en su caso, se realicen por los períodos de alta que se reconozcan surtirán todos los efectos previstos en el ordenamiento, a efectos de causar las prestaciones de Seguridad Social. El importe de tales cotizaciones será imputado al negocio familiar y, en consecuencia, su abono correrá por cuenta del titular del mismo”. Con esta disposición, la legislación pretende ofrecer una solución a la situación de los cónyuges –usualmente mujeres– de titulares de establecimientos familiares, aunque se trata de una solución (1) incompleta al ofrecer una solución solamente en los supuestos de nulidad, separación o divorcio, (2) compleja desde la óptica procedimental y (3) parcial en cuanto solo se alude a los procesos de crisis matrimonial, pero no a las crisis de las uniones de hecho. Por lo demás, el “régimen que correspondiese” de que habla la norma será, usualmente, el Especial de Trabajadores Autónomos.

F
La integración del Régimen Especial de Empleadas de Hogar en el General: una medida positiva aunque con alguna sombra

La disposición adicional 39^a de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, establece, en su apartado 1, que “con efectos de 1 de enero de 2012, el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Empleados de Hogar quedará integrado en el Régimen General de la Seguridad Social, mediante el establecimiento de un sistema especial para dichos trabajadores en los términos y

con el alcance indicados en esta disposición y con las demás peculiaridades que se determinen reglamentariamente”. De esta manera, la tan esperada integración de los empleados de hogar –aunque sería mejor decir empleadas de hogar– se ha producido a través de la creación de un Sistema Especial dentro del Régimen General de la Seguridad Social.

Con un detalle propio de norma reglamentaria, la disposición adicional citada regula la cotización –apartado 2–, y la acción protectora –apartado 3–, con un plazo de integración –apartado 4–, y habilitando al Gobierno para modificar la relación laboral especial del servicio del hogar familiar –apartado 5–, lo que se ha hecho a través del Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre. También la Ley 27/2011, de 1 de agosto, establece las reformas consiguientes en la LGSS –disposición adicional 40^a–, y una reducción transitoria de cotizaciones –disposición transitoria única–. Por lo demás, los servicios domésticos a través de empresas darán lugar –lo cual no es novedad– al alta en RGSS –disposición adicional 17^a–.

Elementos centrales de la nueva regulación son: 1º. La cotización se equipara con el RGSS, con minuciosas normas transitorias hasta el 1 de enero de 2019 en orden al cálculo de las bases de cotización y en orden a los tipos de cotización aplicables, y

con reducción de cotizaciones en 2012, 2013 y 2014 si la incorporación se hizo a 1 de enero de 2012. 2º. La acción protectora se equipara al RGSS, aunque con normas transitorias en algunos aspectos hasta el año 2018. 3º. Se excluye el desempleo. 4º. Mitigando el impacto de la equiparación en el empleador, la IT la abonará del 4º al 9º día –no del 4º al 15ª como es la norma en el RGSS–, no hay pago delegado, y se excluye la responsabilidad prestacional por contingencias profesionales.

La integración en el Sistema Especial obliga a realizar una comunicación a la Tesorería General de la Seguridad Social “dentro del plazo de seis meses naturales a contar desde el 1 de enero de 2012” a realizar por “los empleadores y las personas empleadas” procedentes del Régimen Especial de Empleados de Hogar “que hayan quedado comprendidos dentro del Régimen General de la Seguridad Social”, empezando a aplicarse las normas del Sistema Especial desde el día primero del mes siguiente al de la comunicación y aplicándose hasta entonces las normas del Régimen Especial de Empleados de Hogar. Transcurrido el plazo sin haber comunicación, se establece lo siguiente:

Las personas empleadas a tiempo parcial o discontinuo para uno o varios empleadores/as “quedarán ex-





cluidos de dicho Sistema Especial, con la consiguiente baja en el Régimen General”, lo cual es una dicción oscura –¿de qué baja se habla si nunca hubo alta en el RGSS?– que, aplicando la lógica, quiere decir que quedan de baja en la Seguridad Social, sin perjuicio de que, si trabajan, se les pueda dar el alta de oficio por acción inspectora.

Las personas empleadas a tiempo completo para un solo empleador o empleadora comenzarán a cotizar, desde 1 de julio de 2002, “con arreglo a la base establecida en el tramo superior de la escala”, y, además, sin la reducción de cotizaciones aplicable si la incorporación se hizo a 1 de enero de 2012.

Si hemos de realizar una lectura crítica de la integración del Régimen Especial de Empleadas de Hogar en el General, la debemos hacer poniendo el acento en que la legislación ha procedido, antes que nada, a ampliar el ámbito de la afiliación, alta y cotización, declarándolas obligatorias para todas las empleadas de hogar, dejando en contraposición para un futuro incierto la medida estrella para una real integración, que es la extensión de la protección por desempleo, algo sin duda más caro para el Erario Público. Desde luego sin negar el avance que supone la integración para las empleadas de hogar, se ve oscurecido cuando se observa que la integración es más completa cuando se trata de recaudar que cuando se trata de pagar.

III. PEQUEÑOS CAMBIOS INTRODUCIDOS EN LA LEY 3/2012, DE 6 DE JULIO, DE MEDIDAS URGENTES PARA LA REFORMA DEL MERCADO LABORAL

La Ley 3/2012, de 6 de julio, de Medidas Urgentes para la Reforma del Mercado Laboral –la tan mentada reforma laboral–, ha introducido un par de normas –que no aparecían en el Real Decreto Ley 3/2012, de 10 de febrero, de Medidas Urgentes para la

Reforma del Mercado Laboral– de las cuales conviene dar cuenta por su trascendencia sobre el objeto de estudio.

Una primera aparece en la disposición adicional 10^a, según la cual “el Gobierno una vez finalizado el plazo de seis meses naturales, a contar desde el primero de enero de 2012 ... presentará ante las Cortes Generales un balance sobre la nueva regulación de dicho régimen”. Parece como si quien legisla tuviese dudas acerca de la efectividad de la reforma acometida.

Se añade que “dicho informe deberá contemplar asimismo las posibilidades de mejora de dichas regulaciones desde el punto de vista de la simplificación de los correspondientes procesos administrativos así como la mejora de las reducciones de cotizaciones de las personas que prestan servicios en el hogar familiar”. Facilitar, en suma, la contratación regular.

Una segunda aparece en la disposición adicional 11^a, que establece bonificaciones por nuevas altas de cónyuge, pareja de hecho o familiares por consanguinidad o afinidad hasta segundo grado inclusive y, en su caso, por adopción, colaboradores de autónomos, en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, e incluyendo los del Régimen Especial del Mar.

Se concreta la bonificación, durante los 18 meses inmediatamente siguientes a la fecha de efectos del alta, en el 50% de la cuota que resulte de aplicar sobre la base mínima el tipo correspondiente de cotización vigente en cada momento en el Régimen Especial de trabajo por cuenta propia que corresponda –es decir, en el RETA o, en su caso, en el REM–.

Por lo demás, se define, a estos efectos, la pareja de hecho³ en términos idénticos a los establecidos a efectos de las pensiones de viudedad⁴, trasladando aquí los problemas que esa definición allí presentaba, a saber, importante exigencia temporal de convivencia, rigidez en las acreditaciones y eventuales desigualdades a causa del derecho foral⁵.

3

La disposición adicional 10^a de la Ley 3/2012, de 6 de julio, define, a los efectos de la bonificación, la pareja de hecho como “la constituida, con análoga relación de afectividad a la conyugal, por quienes, no hallándose impedidos para contraer matrimonio, no tengan vínculo matrimonial con otra persona y acrediten, mediante el correspondiente certificado de empadronamiento, una convivencia estable y notoria y con una duración ininterrumpida no inferior a cinco años. La existencia de pareja de hecho se acreditará mediante certificación de la inscripción en alguno de los registros específicos existentes en las comunidades autónomas o ayuntamientos del lugar de residencia o mediante documento público en el que conste la constitución de dicha pareja. En las Comunidades Autónomas con Derecho Civil propio, cumpliéndose el requisito de convivencia a que se refiere el párrafo anterior, la consideración de pareja de hecho y su acreditación se llevará a cabo conforme a lo que establezca su legislación específica”.

4

Véanse los últimos párrafos del apartado 3 del artículo 174 de la Ley General de la Seguridad Social.

5

Las cuales, dicho sea de paso, han determinado, a efectos de la pensión de viudedad, el planteamiento de una cuestión de constitucionalidad en Auto de 14.12.2011 por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo.