

DEREITO SEGURIDADE SOCIAL

BELÉN FERNÁNDEZ DOCAMPO

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidade de Vigo (España)
belendocampo@uvigo.es

Palabras chave: Seguridade Social; prestacións; cotizacións.

Palabras clave: Seguridad Social; prestaciones, cotización.

Keywords: Social Security; benefits; contributions.

DOCTRINA XURISPRUDENCIAL DO TXUE

Sentenza do Tribunal de Xustiza da Unión Europea, do 24 de febreiro de 2022, asunto C-389/20.

Resumo: a normativa española de Seguridade Social que exclúe expresamente ao persoal ao servizo do fogar familiar, que son maioritariamente mulleres, das prestacións por desemprego é contraria ao dereito da Unión e conforma unha discriminación indirecta por razón de sexo.

Normas aplicadas:

Art. 4.1 Directiva 79/7/CEE.

Art. 251, apartado d), LXSS.

Calquera crónica de doutrina xudicial en materia de Seguridade Social que comprenda resolucións ditadas nos primeiros meses do ano 2022, non pode obviar un

comentario á Sentenza ditada pola Sala Terceira do TXUE, o 24 de febreiro de 2022, no asunto C-389/20, que supuxo un novo pau ao Sistema Español de Seguridade Social pola súa desconformidade co Dereito europeo, en concreto, coa prohibición de discriminación por razón de sexo no ámbito da Seguridade Social. E máis aínda, cando as resolucións que son obxecto de comentario deban ter unha orixe galega, como sucede coas que integran esta sección da RGDS, aínda que neste caso, non se trate dun órgano de instancia social, nin dunha Sala de suplicación, aínda que a súa repercusión, como é sabido, é plenamente laboral. A cuestión litixiosa ten a súa orixe na xurisdición contenciosa-administrativa, concretamente, no Xulgado do Contencioso-Administrativo núm. 2 de Vigo, en virtude da demanda interposta por unha empregada do fogar da cidade contra a TXSS na que solicita cotizar pola continxencia de desemprego, co fin de adquirir o dereito á correspondente prestación, para o cal se achega o consentimento escrito da súa empregadora para a contribución á cotización solicitada. Dende logo, non é a primeira vez –nin, probablemente será a última– que o TXUE considera que a normativa española de Seguridade Social atenta contra a prohibición de discriminación por razón de sexo. Entre outras, poden citarse a STXUE do 22 de novembro de 2012, asunto C-385/11, Elbal Moreno e a STXUE do 9 de novembro de 2017, asunto C-98/2015, Espadas Recio. En ambas as resolucións, o TXUE declarou que a normativa española de Seguridade Social era contraria ao art. 4.1 da Directiva 79/7/CEE, do 19 de decembro, por incorrer nunha discriminación indirecta por razón de sexo. No primeiro caso, o asunto Elbal Moreno, no que se refire ao cómputo dos períodos de cotización para o acceso a prestacións no traballo a tempo parcial. E, no segundo, asunto Espadas Recio, na determinación da duración da prestación de desemprego cando os períodos de actividade previos foron a tempo parcial. Respecto diso, e sen pretensión de exhaustividade, ha de lembrarse aquí que aos referidos fallos –do mesmo xeito que sucedeu con outros– lles seguiron as consecuentes reformas normativas e que deron lugar ao que se cualificou como política lexislativa reactiva. En fin, o mesmo acaeceu no asunto que agora se comenta.

Por unha banda, o fallo da STXUE do 24 de febreiro de 2022 declara que o réxime de Seguridade Social do Sistema Especial para Empregados do Fogar, que exclúe da súa acción protectora as prestacións por desemprego, é contrario ao principio de igualdade de trato en materia de Seguridade Social previsto no art. 4.1 da Directiva 79/7/CEE, do 19 de decembro. E, doutra banda, a día de hoxe, xa foi aprobada a correspondente reforma normativa que ten como obxectivo a equiparación das condicións de traballo e Seguridade Social das persoas traballadoras do fogar familiar ao resto de persoas traballadoras por conta allea, descartando as diferenzas que non respondan a razóns xustificadas e que ademais sitúan ao referido colectivo –as 95,53% mulleres– nunha situación de desvantaxe particular e que por tanto poden resultar discriminatorias. Trátase, do RD-lei 16/2022, do 6 de setembro, que, entre outras melloras inclúe para este colectivo a protección por desemprego.

Sobre o conflito de partida que dá orixe ao presente pronunciamento xudicial e como antes se puxo de manifesto, fora a solicitude á TXSS por parte dunha traballadora do fogar de cotizar pola continxencia de desemprego co fin de adquirir o dereito a esta clase de prestacións. A referida traballadora levaba prestando os seus servizos para a mesma empregadora, persoa física, dende o ano 2011 e cursou a solicitude no mes de novembro de 2019 á que xuntou o consentimento escrito da súa empregadora para a contribución á cotización solicitada. Ante a falta de sustento legal da petición, tendo en conta que a prestación de desemprego estaba expresamente excluída da acción protectora do Sistema Especial de Empregados do Fogar polo art. 251, letra d) LXSS, a Administración da Seguridade Social desestimou a solicitude, o que levou ao letrado da empregada a interpoñer o correspondente recurso contencioso-administrativo perante o xulgado competente alegando, en esencia, que a referida letra d) do art. 251 LXSS supoñía “unha discriminación indirecta en materia de Seguridade Social para cos empregados do fogar do sexo feminino, que constitúen a práctica totalidade deste colectivo”. Por unha banda, porque a “situación dos empregados do fogar que perderon o seu emprego non está

asimilada á dos traballadores en situación de alta na Seguridade Social". Pero, ademais, porque a "exclusión da protección contra o desemprego implica así mesmo a imposibilidade para os devanditos empregados de acceder a calquera outra prestación ou subsidio supeditados á extinción do dereito ás prestacións por desemprego".

Así, correctamente exposto o recurso contencioso-administrativo por parte do letrado da demandante, foron varias as dúbidas que se lle expuxeron ao órgano xurisdiccional remitente acerca da compatibilidade da normativa española de Seguridade Social co Dereito da Unión. En primeiro lugar, co tan reiterado art. 4.1 da Directiva 79/7/CEE, do 19 de decembro. Pero, tamén, cos arts. 5, letra b) e 9, apartado 1, letras a) e k) da Directiva 2006/54/CE, do 5 de xullo. Nun primeiro momento, o TXUE admite senllas cuestións, con todo, non tarda en considerar que a segunda non resulta aplicable ao litixio principal, tendo en conta que a Directiva 2006/54/CE, do 5 de xullo, refírese aos asuntos de emprego e ocupación polo que non pode ser aplicable aos réximes da Seguridade Social, tal e como se encargou de precisar o TXUE na súa Sentenza do 12 decembro de 2019, asunto C-450/18, WA contra o Instituto Nacional da Seguridade Social.

Aínda que na maioría das sentenzas ditadas polo TXUE as conclusións dos avogados xerais son decisivas para determinar o sentido de fallo, na que agora se comenta con máis razón, se cabe. Como se puxo xa de manifesto pola doutrina, nas alegacións do avogado Spuznar sobresa a "rotundidade da resposta prolixa de contraargumentos das apreciacións do Estado español e a vehemencia da proposta ao Tribunal de Xustiza no que respecta a considerar que o art. 4 da Directiva 79/CEE opoñeríase a unha disposición nacional que exclúise das prestacións de desemprego as persoas empregadas do fogar". Pero, tamén, porque, "ao aplicar o patrón argumentativo ao redor da existencia de discriminación indirecta, o avogado xeral sae do mero formalismo (...) e analiza o contexto normativo máis aló dunha lectura positivista do sistema, con recurso a realidades sociolóxicas (atribución de roles de xénero, (infra) valor social do traballo de coidados, características -de

precariedade- do mercado de traballo español en xeral), como contexto máis amplo do sector de servizos no fogar". As conclusións terminan cunha "visión crítica da política lexislativa española" en canto non tivo a ben atender a certas recomendacións internacionais e internas tendentes a equiparar o sistema de protección social dos empregados domésticos ás aplicables ao resto dos traballadores en xeral. Así sucedeu durante moitos anos co previsto no art. 14 do Convenio núm. 189 OIT, do 1 de xuño de 2011. Non en balde, o seu procedemento de ratificación foi en parte acelerado pola postura do avogado xeral da UE e pola Sentenza agora comentada.

Facendo súas as argumentacións do avogado xeral, o TXUE admite a discriminación -indirecta- e declara que "o artigo 4, apartado 1, da Directiva 79/7/CEE do Consello, do 19 de decembro de 1978, relativa á aplicación progresiva do principio de igualdade de trato entre homes e mulleres en materia de seguridade social, debe interpretarse no sentido de que se opón a unha disposición nacional que exclúe as prestacións por desemprego das prestacións de seguridade social concedidas aos empregados de fogar por un réxime legal de seguridade social, na medida en que a dita disposición sitúe as traballadoras en desvantaxe particular con respecto aos traballadores e non estea xustificada por factores obxectivos e alleos a calquera discriminación por razón de sexo".

Como non podía ser doutra maneira, o feito de tratarse dunha discriminación indirecta esixe que a diferenza de trato obxecto de impugnación -neste caso, a contida na normativa española de Seguridade Social, no art. 251 d) LXSS-, "non poida xustificarse obxectivamente cunha finalidade lexítima" e que "os medios para alcanzar a devandita finalidade sexan adecuados e necesarios". Así se esixe expresamente nas distintas definicións de discriminación indirecta contidas nas respectivas directivas de igualdade e non discriminación. A saber, a Directiva 2000/43/CE, do 29 de xuño, a Directiva 2000/78/CE, do 27 de novembro, e a Directiva 2006/54/CE, de 5 xullo. E isto é ao que parece referirse o TXUE cando no contido do seu fallo dispón que a desvantaxe particular na que a normativa española de Seguridade Social sitúa o

colectivo de empregadas do fogar fronte ao colectivo de traballadores en xeral “non estea xustificada por factores obxectivos e alleos a calquera discriminación por razón de sexo”. O TXUE chega a tal conclusión tras desestimar as alegacións manifestadas polo Goberno de España e pola TXSS a tal fin. En síntese, un e outra alegan que a exclusión da protección contra o desemprego do colectivo de empregados do fogar está ligada, de entrada, ás peculiaridades do sector, en particular, a condición dos empregadores –cabeza de familia sen ánimo mercantil- e o lugar de traballo –domicilio inviolable, tamén respecto a actividade inspectora-. Pero, tamén, ao cumprimento de certos obxectivos de política de emprego, en concreto, de mantemento das taxas de emprego e o fomento da contratación e de loita contra o traballo ilegal e a fraude á Seguridade Social.

O TXUE considera que, dende o punto de vista da política social, os obxectivos mencionados son lexítimos e, ademais, constitúen obxectivos xenerais da Unión, como se desprende do art. 3.3 TUE e do art. 9 TFUE. Así o recoñecía tamén o propio TXUE en resolucións anteriores, entre elas, por tratarse dun caso con orixe española, a Sentenza do 16 de outubro de 2007, asunto C-411/05, Palacios de la Villa. Admitida a lexitimidade da finalidade da norma, a diferenza de trato que afecta claramente a máis mulleres que homes, neste caso, no acceso ao réxime do seguro de desemprego está xustificada. Agora ben, non se comparte que, nestas mesmas circunstancias, procede considerar que os obxectivos perseguidos polo artigo 251, letra d), da LXSS, ao tratarse de obxectivos lexítimos de política social “poden xustificar a discriminación indirecta por razón de sexo que supón esta disposición nacional”. Seguindo á doutrina máis autorizada na materia (LOUSADA AROCHENA, F.J., CABEZA PEREIRO, J. e NÚÑEZ CORTÉS CONTRERAS, P.), que a discriminación indirecta admita xustificación non significa que admita excepcións. O que se pode xustificar é o impacto adverso ou a desvantaxe particular. E que iso sexa así, non significa que se estea xustificando unha discriminación indirecta - como afirma o TXUE-, senón que, aínda que haxa impacto adverso ou desvantaxe particular, non existe a

discriminación. Á súa vez, -e isto é significativo- isto supón rexeitar a existencia dunha diferenza substancial, en termos de radical oposición, entre a discriminación directa e a indirecta.

Agora ben, fronte á lexitimidade dos obxectivos opónse a "adecuación" da disposición interna para alcanzalos, tendo en conta que non se aplica de forma "coherente e sistemática" respecto doutros colectivos do réxime xeral da Seguridade Social, que non quedan incluídos na referida exclusión. Trátase, en concreto, afirma o TXUE, doutros colectivos de traballadores, cuxa relación laboral se desenvolve a domicilio para empregadores non profesionais, ou cuxo sector laboral presenta as mesmas peculiaridades en canto a índice de emprego, a cualificación e a remuneración que o dos empregados de fogar, teñen riscos análogos en termos de redución das taxas de emprego, de fraude á seguridade social e de recurso ao traballo ilegal, pero, con todo, están todos eles cubertos pola protección contra o desemprego. O risco de fraude á Seguridade Social tamén aparece nas prestacións derivadas doutros riscos que si inclúe o SEEH. Por último, para lograr os obxectivos mencionados, a medida vai máis aló do necesario pois produce efectos colaterais noutras prestacións, o que se traduce nunha situación de desamparo social. Ademais, é certamente incoherente que a inclusión no SEEH recoñeza dereito a todas as prestacións de Seguridade Social incluídas no réxime xeral, do que se desprende que o colectivo está sometido aos mesmos riscos que o resto de traballadores, e, con todo, exclúeno do desemprego.

Por mor de todos estes argumentos, aquí sinteticamente glosados, o TXUE conclúe que a normativa española que exclúe da prestación por desemprego aos empregados do fogar, que son case exclusivamente mulleres, é contraria ao Dereito da Unión e constitúe unha discriminación indirecta por razón de sexo.

Devoltas as actuacións ao Xulgado do Contencioso-administrativo de Vigo que formulara a cuestión prexudicial, chegaba o momento de ditar unha resolución e con iso resolver a petición da empregada do fogar, a demandante, de acordo co fallo da Sentenza europea, e iso, porque como o propio Xulgado pon de manifesto na súa Sentenza do 17 de

marzo de 2022 “a interpretación e a declaración de invalidez contida nunha sentenza prexudicial é vinculante para o xuíz *a quo* así como, máis en xeral, para calquera xuíz que coñeza dun caso análogo no que se solicite a aplicación da norma comunitaria interpretada ou cuxa invalidez fose declarada”. En definitiva, “a Sentenza ditada polo Tribunal de Xustiza ha de ser necesariamente integrada e tida en conta no presente procedemento”.

Agora ben, e esta é unha cuestión á que non se fixo referencia nas crónicas sobre a Sentenza do TXUE e que é, unha vez acollida internamente a demanda, a determinación da efectividade temporal do pronunciamento declarativo do dereito e do condenatorio. Téñase en conta que a petición da demandante –o seu dereito a cotizar– tiña unha proxección retroactiva, ao momento da solicitude administrativa, que fora no mes de novembro de 2019. Con todo, o xuíz do contencioso-administrativo só vai recoñecer o dereito a cotizar –e con razón– dende o momento mesmo da súa sentenza, marzo de 2022. E dise con razón, porque non se trata dun efecto retroactivo ao uso, dunha prestación xa existente, que se denega administrativamente e se estima despois en vía xudicial. Do que se trata no caso axuizado é da declaración xudicial dun dereito *ex novo* –dereito á protección por desemprego e por tanto a cotizar por iso–, polo que non pode darse unha eficacia *ex tunc* senón *ex nunc*. É dicir, por moito que a empregadora da traballadora do fogar quixese ingresar as cotizacións por desemprego da súa traballadora do fogar, mesmo, por moito que a Administración da Seguridade Social quixese admitir as ditas cotizacións, facía falta unha normativa que amparase esta operación. O problema resólveo, cun acertado criterio xurídico, o xuíz do contencioso administrativo de Vigo: “aínda que a obriga de cotización á Seguridade social e o correlativo ámbito da acción protectora, tamén respecto da continxencia de desemprego, contan xa co desenvolvemento lexislativo que as articula, é claro que existe un baleiro normativo respecto de situacións como a axuizada e será preciso que o lexislador o aborde considerando as peculiaridades do réxime especial”. En fin, “sen prexuízo de que o recoñecemento do dereito-deber de cotizar por esta continxencia se produza

dende o momento mesmo desta sentenza, terá plena efectividade cando a Lei o desenvolva, disciplinando o seu contido, sen que esta circunstancia supoña que a efectividade deste pronunciamento sexa meramente programática, xa que a estimación da demanda supón o acollemento dunha pretensión condenatoria da TXSS, por tanto, susceptible de execución forzosa no caso de que non se produza o seu cumprimento voluntario”.

Como é coñecido por todos, o último paso desta valente e fundada aposta do letrado dunha empregada do fogar viguesa, foi a aprobación da Real decreto-lei 16/2022, do 6 de setembro, para a mellora das condicións de traballo e de Seguridade Social das persoas traballadoras ao servizo do fogar.

DOCTRINA XURISPRUDENCIAL DO TS

Sentenza do Tribunal Supremo (Sala do social) do 9 de febreiro de 2022 (recuso de casación para a unificación de doutrina núm. 4823/2019).

RESUMO: no caso de concorrencia de beneficiarias, procede o recoñecemento íntegro da pensión de viuvez á cónxuxe sobrevivente cando a primeira esposa do causante falece con posterioridade a falecer este. A ausencia de regulación legal deste suposto concreto ha de suplirse con criterios sistemáticos -a partir do feito causante, xérase unha pensión completa que debe repartirse entre os seus beneficiarios, neste caso, beneficiarias, de acordo co criterio de proporcionalidade convivencial- e teleolóxicos -o dereito pleno do cónxuxe supérstite, en atención á finalidade tuitiva da norma-. É dicir, o criterio de proporcionalidade convivencial implica que a baixada ou subida da pensión percibida por cada unha das beneficiarias repercute na contía que percibe a outra. Mentres que a finalidade tuitiva da norma só permite que o dereito do cónxuxe supérstite unicamente se vexa afectado economicamente cando exista concorrencia de beneficiarias.

NORMAS APLICADAS:

Arts. 219 e 220 LXSS.

Arts. 218 ss LXS.

Interesante é a cuestión resolta na STS (Social) do 9 de febreiro de 2022 (recurso de casación para a unificación de doutrina núm. 4823/2019) na que nun suposto de concorrencia de beneficiarias dunha pensión de viuvez hai que decidir se, falecida unha delas, a ex cónxuxe divorciada, a cónxuxe supérstite ten dereito a percibir a totalidade da pensión xerada polo causante. Sobre esta mesma problemática, tal e como se pon de manifesto nos presentes autos, só se pode dar conta dunha sentenza de casación, que resolve un suposto similar estimando a petición da viúva. Trátase da STS do 9 de xuño de 2021 (recurso de casación para a unificación de doutrina núm. 3901/2018).

Na que agora se comenta, a de febreiro de 2022, cuxa resolución reitera os argumentos da de xuño de 2021, os feitos litixiosos sucedéronse da seguinte maneira: a demandante -dona Sofía-, nacida no ano 1972, viña percibindo unha pensión de viuvez, por falecemento do seu esposo, recoñecida con efectos do 1 de abril de 2014, en contía resultante de aplicar a porcentaxe do 52% sobre unha base reguladora de 516,28 euros. Agora ben, ao existir unha cónxuxe histórica, aplicóuselle unha pro rata de convivencia do 40%, pois a que lle correspondía á primeira esposa ascendía ao 60%. Ninguén discutiu esas porcentaxes. Con efectos do 1 de novembro de 2015 extinguíuse a pensión que tiña recoñecida a ex cónxuxe divorciada polo seu falecemento.

Tras ese feito, a cónxuxe supérstite solicitaba ao INSS que se incrementase a contía da súa pensión de viuvez, pagando a cantidade íntegra, co complemento a mínimos que legalmente correspondese. Desestimada administrativamente a súa petición, a afectada iniciou a correspondente vía xudicial. Respecto diso, é importante sinalar que, tanto na instancia como en suplicación, o concepto xurídico esgrimido por ambas as partes, cada unha en función dos seus intereses, foi o dereito ao acrecentamento. Na instancia -Xulgado do Social de Santiago de Compostela-, a demandante solicitaba o "dereito ao acrecentamento da pensión de viuvez a resultas do falecemento da outra beneficiaria (ano 2015), ex cónxuxe por divorcio do suxeito causante, con quen viña gozando a

pensión en réxime de concorrencia dende o ano 2014". No recurso de suplicación interposto polo INSS, para xustificar que "o falecemento dun dos ex cónxuxes supérstite, supón a perda ou extinción do seu dereito, sen que os outros ex cónxuxes históricos teñan dereito ao acrecentamento dese pagamento que se extingue". Sen entrar a analizar a errónea formulación do INSS, tendo en conta que confunde cónxuxe supérstite con cónxuxe histórico, vaia por diante que o TS, tanto no presente litixio como na que deu lugar á Sentenza de xuño de 2021, non recoñece que en casos como o que se discute se poida falar de acrecentamento dunha pensión "por máis que así o denominaran ao longo do procedemento as partes contendentes e iso sexa admisible polo gráfico que resulta". Sobre esta cuestión, volverase con posterioridade. En fin, a petición da demandante no presente litixio foi estimada polo Xulgado do Social de Santiago de Compostela, pero non sucedeu o mesmo na Sala autonómica, que estimou o recurso do INSS e de aí a interposición do recurso de casación para a unificación de doutrina. A STSX de Galicia fora ditada o 18 de outubro de 2019 (recurso de suplicación núm. 3122/2019). Pero foi durante o período temporal transcorrido dende a interposición do recurso de casación ata o momento de ditar sentenza, cando o TS resolve, por primeira vez, na Sentenza antes citada, a do 9 de xuño de 2021, sobre un caso idéntico. A ausencia dunha sentenza de casación que unificase doutrina obrigou á recorrente nos presentes autos -dona Sofía- a achegar co seu escrito de interposición do recurso a correspondente sentenza de contraste, que foi a do TSX da Comunidade de Madrid, do 14 de marzo de 2016 (recurso de suplicación núm. 664/2015). Tras argumentar xuridicamente o seu fallo, o TS, na súa Sentenza do 9 de xuño de 2021, estima o recurso da beneficiaria da pensión e conclúe que "no suposto de concorrencia de persoas beneficiarias, ao importe de pensión de viuvez que lle corresponde ao cónxuxe supérstite (en proporción ao tempo de convivencia co causante) débesele engadir a porción de pensión que (en razón dese mesmo parámetro) veu percibindo o ex cónxuxe a partir do momento en que se extingue este dereito".

Como era previsible, tamén o TS, na sentenza do 9 de febreiro que agora se comenta, estima o recurso da interesada. Pero é que, ademais, faino con idénticos argumentos que a ditada hai uns meses. E dise idénticos, porque en moitos parágrafos os contidos dunha e outra resolución coinciden literalmente.

O punto de partida, a ausencia de disposicións normativas que resolvan a cuestión suscitada, por iso é polo que hai que acudir a distintos argumentos hermenéuticos, en concreto, ao elemento teleolóxico, á interpretación sistemática e ao contexto social no que as normas han de ser aplicadas. En definitiva, de todos estes argumentos, a Sala do social do TS extrae dúas premisas fundamentais e que foron decisivas para casar e anular a Sentenza de suplicación da Sala do social do TSX de Galicia. Por unha banda, o carácter único da pensión de viuvez. E, por outro, o dereito orixinario e íntegro da viúva á pensión de viuvez. Así, nos fundamentos xurídicos da resolución que se comenta vértense as seguintes afirmacións: “a persoa viúva é titular dunha pensión íntegra e só na medida en que concorra outra beneficiaria seralle minorada a súa contía”. A partir do feito causante da pensión de viuvez –o falecemento– xérase, por tanto, “unha pensión completa” que, de concorrer varios beneficiarios, procede a súa “repartición de acordo co criterio de proporcionalidade convivencial”. Así as cousas e sen prexuízo dos mínimos e máximos establecidos posteriormente (40%, importe da compensatoria), continúa sinalando o TS que “opera unha especie de vasos comunicantes porque a baixada ou subida da pensión percibida por cada un dos beneficiarios repercute no outro”. Por outra banda, “tras extinguirse o dereito a percibir pensión de viuvez por parte da primeira esposa do causante, recupera toda a súa amplitude o dereito orixinario e íntegro da viúva. Deste xeito, non se trata de realizar un novo cálculo, nin de revisar as porcentaxes de pensión que deba pagar o INSS nin, moito menos, de aplicar normas sobrevidas ao feito causante, senón de que cese o desconto ou repartición que tivo sentido só en tanto existía concorrencia de persoas beneficiarias”. En puridade, e aínda que así se denominou ao longo do procedemento, non se trata dun “acrecentamento da pensión”, como sucede coa

concorrenza de viuvez e orfandade, senón que o que sucede é que “desaparece o motivo polo que a pensión non se percibía de maneira íntegra pola cónxuxe viúva”. “Cando hai un verdadeiro acrecentamento, o dereito de quen se beneficia del resulta incrementado respecto do que orixinariamente lle corresponde. Pola contra, no noso suposto o que sucede é que se restablece o dereito na súa dimensión orixinaria. Nin hai novo feito causante, nin se recalcula a pensión, nin se pode buscar un punto de conexión normativo diverso. A Entidade Xestora vai seguir pagando a mesma pensión, cuxo carácter único vimos proclamando de maneira continuada”. Con base nos argumentos anteriores, que nada teñen que obxectar, o TS non comparte o argumento en sentido contrario, “conforme ao cal se a LXSS establece o acrecentamento para determinados supostos de orfandade e non o fai para a viuvez é que se quixo descartar”.

Agora ben, esta argumentación presenta unha fisura que conviría solucionar: se a persoa que falece con posterioridade ao causante é a cónxuxe supérstite e a que sobrevive é a cónxuxe histórica, podería ocorrer que esta última deixase de cobrar a súa viuvez na porcentaxe que lle correspondese. E iso porque como indica o TS, o dereito orixinario e íntegro á pensión de viuvez osténtao a cónxuxe supérstite e só na medida en que concorra outra beneficiaria seralle minorada a súa contía. En fin, que desaparecida a persoa titular da pensión de viuvez, a partir da cal se calcula a contía que lle corresponde á histórica, o dereito desta última atopa difícil xustificación.

DOCTRINA XUDICIAL DO TSX DE GALICIA

Sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia (Sala do social) do 28 de xaneiro de 2022 (recurso de suplicación núm. 4953/2021).

RESUMO: no suposto de nacemento biolóxico dun menor nunha familia monoparental, as semanas adicionais de prestación que correspondesen ao outro proxenitor –neste suposto inexistente– haberán de ser gozadas pola nai biolóxica. O contrario, supoñería unha discriminación por motivos familiares. Ademais, podería supoñer unha flagrante discriminación indirecta por razón de xénero.

NORMAS APLICADAS:

Arts. 177 ss LXSS.

Art. 48.4 e disp. trans. 13ª ET.

O tópicoo da igualdade e prohibición de discriminación volve estar na base das argumentacións xurídicas da Sentenza de suplicación ditada pola Sala do social do TSX de Galicia o 28 de xaneiro de 2022 (recurso de suplicación núm. 4953/2021) e que agora se comenta.

A controversia iníciiaa unha nai traballadora, cando, tras dar a luz a un menor e recoñecérselle a correspondente prestación por nacemento e coidado de fillo, o INSS e a TXSS denéganlle a que polo mesmo concepto –nacemento e coidado de fillo- lle correspondería teoricamente ao outro proxenitor. Dise teoricamente porque a traballadora e o seu bebé conforman neste caso o que se coñece como familia monoparental.

Fronte a tal negativa, a traballadora interpón a correspondente demanda en vía xudicial que na instancia se estima integramente, aínda que despois, en vía de recurso de suplicación, a estimación é parcial, pois non se lle recoñecen todas as semanas inicialmente solicitadas.

Hai que ter en conta que no momento no que tivo lugar o nacemento do menor, setembro de 2020, a duración da prestación que correspondería aos seus proxenitores polo seu nacemento e coidados era a seguinte: para a nai biolóxica, 16 semanas, das cales eran obrigatorias as 6 semanas ininterrompidas tras o parto. O outro proxenitor contaba cun período de suspensión de 12 semanas, das cales as 4 primeiras tamén debería gozalas de forma ininterrompida inmediatamente tras o parto. A distribución e gozo das semanas posteriores ás obrigatorias, por parte de calquera dos proxenitores, faríase á súa vontade, en períodos semanais, de forma acumulada ou interrompida dende a finalización da suspensión obrigatoria posterior ao parto ata que o menor cumprise os 12 meses. No ano 2020, ao non estar aínda equiparada para os dous proxenitores a duración deste permiso, a nai biolóxica podería ceder ao outro proxenitor un período de ata 2 semanas do seu período de suspensión de gozo non obrigatorio. Na actualidade, tras a

finalización do período transitorio fixado polo RD-lei 6/2019, do 1 de marzo, a duración da prestación por nacemento e coidado de menor, tanto da nai biolóxica como do outro proxenitor, xa está equiparada, podendo, cada un deles, gozar de 16 semanas de permiso e da correspondente prestación da Seguridade Social, sen posibilidade de cesión ningunha.

Con base naquela normativa, a vixente no ano 2020, a demandante solicita o seu dereito a gozar de 12 semanas adicionais de suspensión contractual e prestación por nacemento e coidado de fillo, que haberán de acumularse ás 16 que inicialmente lle foron concedidas como nai biolóxica do menor, ao non existir proxenitor masculino.

A Sentenza de instancia pola que se estima integramente a súa petición foi recorrida en suplicación pola Administración da Seguridade Social alegando infracción da normativa vixente, en concreto, dos art. 177 e 178 LXSS en relación co art. 48.4 ET. Para o INSS e a TXSS, o debate non admite ningunha discusión: a prestación por nacemento e coidado dun menor é de carácter "individual" e adquirese "con base nunhas condicións de alta e cotización previas ao feito causante que unicamente pode transferirse en supostos de falecemento ou decisión do titular, titular que neste caso non existe".

O carácter individual da prestación non é negado pola Sala do social do TSX de Galicia, con todo, reconece que a súa aplicación vulnera, en casos como o axuizado, o principio de igualdade e non discriminación por razóns familiares. Mesmo, podería supoñer unha flagrante discriminación indirecta por razón de xénero, carente dunha xustificación obxectiva e razoable.

No que se refire á discriminación por razóns familiares, a Sala do social do TSX de Galicia xustifícaa nos seguintes motivos: o primeiro, na protección do menor, pois, dependendo da clase de familia na que naza, podería atoparse con certa desprotección social, xa que, se conta con dous proxenitores, estes poderían dedicarse ao seu coidado varias semanas máis que as que lle correspondería se se trata dunha familia monoparental (F.X. SEGUNDO, parágrafo primeiro). O segundo, porque a negativa a acumular as semanas

adicionais de suspensión que corresponderían ao outro proxenitor, neste caso, inexistente, supón para a nai un menoscabo para a efectiva conciliación da súa vida persoal e familiar. De aí a necesidade de adaptar a realidade lexislativa á realidade social do momento (F.X. TERCEIRO, parágrafo segundo). Sobre a relación existente entre a posible discriminación por razóns familiares e a conciliación da vida familiar e laboral, a resolución comentada trae a colación a importante STC 26/2011, do 14 de marzo, na que se deu entrada a esta clase de discriminación por mor da reclamación por parte dun home do exercicio de dereitos de conciliación.

En definitiva, cuns argumentos que presenta moi claros, a Sala de Galicia, seguindo, ademais, a STSX do País Vasco do 6 de outubro de 2020 (recurso de suplicación núm. 941/2020) conclúe que si se admite, cando proceda, un trato dispar ás formas de unidade das parellas, pero, e isto é o fundamental, "non pode inferirse un trato desigual ás familias que integran o feito da maternidade, acollemento, adopción ou garda, pois a opción polo fogar monoparental non delimita un vínculo diferente de filiación determinante do coidado e atención do menor, e os seus propios dereitos. Por tanto, é posible suscitar unha quebra do principio de igualdade do art. 14 CE" (F. X. TERCEIRO, último parágrafo).

Iso si, o que non admite a Sala galega, e con razón, é a acumulación das 12 semanas que corresponderían ao outro proxenitor ás 16 da nai biolóxica, senón, tan só, as 8 semanas posteriores ás 4 de suspensión obrigatorias tras o nacemento do menor. E iso tendo en conta que "ao superpoñerse necesariamente as 6 semanas de descanso obrigatorio para a nai biolóxica tras o parto coas 4 semanas de descanso para o outro proxenitor tamén inmediatamente posteriores ao nacemento, as ditas 4 semanas non poden en ningún caso trasladarse a un momento de gozo posterior ao concreto momento temporal sinalado no devandito precepto". Ademais, tanto as 6 como as 4 posteriores ao nacemento, teñen por finalidade o "coidado do menor inmediatamente posterior ao parto". En definitiva, a familia monoparental terá dereito "ás oito semanas restantes de permiso de nacemento e coidado do menor, por ser estas as

que, verdadeiramente, non gozaron nin a demandante nin o menor polo feito de ser familia monoparental". O contrario, viría supoñer un novo suposto de discriminación (F. X. CUARTO).

Sentenza do Tribunal Superior de Xustiza de Galicia (Sala do social) do 31 de xaneiro de 2022 (recurso de suplicación núm. 4953/2021).

RESUMO: non procede o recoñecemento dunha situación de risco durante o embarazo, senón unha suspensión contractual por IT derivada de continxencias comúns, tendo en conta que o problema de saúde que manifesta a demandante –enfermeira en centro de saúde– non procede do risco da súa actividade laboral, senón do seu propio embarazo dende o inicio: embarazo *in vitro* xemelar, con diversos abortos previos. Doutra banda, non se aprecia discriminación con outras traballadoras, por ausencia do termo comparativo idóneo, ao tratarse de diferentes grupos profesionais e/ou de distintas actividades sanitarias.

NORMAS APLICADAS:

Art. 45.1 e) ET.

Arts. 186 e 187 LXSS.

Art. 26 LPRL.

RD 295/2009, do 6 de marzo.

Na presente Sentenza de suplicación, o TSX de Galicia desestima o recurso interposto pola demandante –traballadora embarazada– e confirma a resolución de instancia na que se lle denega o recoñecemento da prestación por risco durante o embarazo por canto que a situación fáctica susceptible de protección é xeradora dunha incapacidade temporal por continxencias comúns.

Para chegar a tal conclusión, a Sala do social do TSX de Galicia segue a doutrina admitida nestas situacións e que distingue e separa a situación de risco *durante o embarazo* da situación de embarazo *de risco*.

No que se refire ao risco durante o embarazo, a Sala parte do contido do art. 26 LPRL no que se evidencia que se trata dunha situación directamente relacionada coa actividade laboral desempeñada pola traballadora embarazada e as

condicións do seu posto de traballo. Na medida en que a dita actividade ou as súas condicións poidan influír negativamente na súa saúde ou na do feto, a empresa está obrigada a adoptar unha serie de medidas preventivas para evitar a exposición ao risco, que poderán concluír, cando proceda, nunha suspensión contractual por risco durante o embarazo contemplada no art. 45.1 e) do ET e protexida pola Seguridade Social a través da prestación do mesmo nome regulada nos arts. 186 e 187. A identificación dos riscos presentes na actividade laboral ou en calquera das súas condicións e que poidan afectar á saúde da traballadora embarazada ou do feto correspóndelle ao empresario a través do cumprimento do seu deber de avaliación (art. 16 LPRL).

Para demostrar a necesaria vinculación que ha de existir entre a actividade laboral e a situación de embarazo, a Sala galega, nas súas argumentacións xurídicas, céntrase no procedemento regulamentario aprobado para o recoñecemento do dereito –RD 295/2009, do 6 de marzo- no que se aprecia de forma palpable a relación de causalidade existente entre o traballo e o risco para a seguridade e saúde da embarazada ou do feto, pois é a propia interesada a que ha de solicitar o recoñecemento desta situación –o risco durante o embarazo- tras acreditar o seu embarazo e tras certificar a empresa a actividade desenvolvida e as condicións do seu posto de traballo. Tal solicitude tramitárase ante a entidade xestora ou colaboradora que resolverá en consecuencia. Só no caso en que, a partir da referida certificación empresarial, a entidade xestora ou colaboradora recoñeza a situación de risco, corresponde á empresa adoptar as medidas enumeradas no art. 26 LRPL, que poderán terminar, se non existe outro posto de traballo compatible co estado de saúde da traballadora embarazada, coa declaración empresarial de suspensión do contrato por risco durante o embarazo. Con esta declaración, a traballadora solicitará ante o organismo competente –INSS ou Mutua- o recoñecemento do subsidio correspondente.

Con todo, o descrito non foi o procedemento seguido pola demandante, recorrente en suplicación nos presentes autos, de aí, entre outros motivos, a desestimación do seu recurso. Segundo consta nos fundamentos da Sentenza da Sala do

social, a súa solicitude, a do recoñecemento da situación de risco durante o embarazo, foi tramitada o 30 de outubro de 2020. Aínda que, con anterioridade, xa se produciron por parte da traballadora embarazada varias visitas ao seu médico de atención primaria e que concluíran coa súa baixa –suspensión do contrato– por incapacidade temporal derivada de continxencias comúns. En concreto, as seguintes: 19 de outubro de 2020, no que se indica “a data previsible de parto e que o embarazo é múltiple de risco” e o 26/10/2020 expídeselle a baixa por “ansiedade”. Consta nos autos que a traballadora sufrira con anterioridade varios abortos “o que fai facilmente comprensible a ansiedade na nova situación”. Non obstante tal itinerario, o día 22 de outubro de 2020 o empregador emite “informe de inexistencia de posto compatible coa situación da demandante e o mesmo día procede á suspensión do contrato o cal, como medida preventiva e de seguridade non presenta inconveniente, máis diso non pode concluírse a situación de risco por embarazo que aínda non lle era sequera solicitada” (F.X. SEGUNDO).

Noutra orde de consideracións, continúa declarando o TSX de Galicia, coñécese como embarazo de risco aquel no que “debido a certas condicións de saúde, necesítanse máis coidados e atención xa que hai máis posibilidades de ter complicacións tanto para a nai como para o bebé”, situación que é xeradora “por si mesma de incapacidade laboral por continxencias comúns”. Por tanto, e nisto insiste moito o órgano axuizador, “tal situación é precedente á análise dos riscos que poidan concorrer no traballo”. É máis, mentres perdure tal situación, a de incapacidade temporal por embarazo de risco, non é posible recoñecer a situación de risco durante o embarazo (F.X. SEGUNDO, apartado núm. 4). Para argumentar esta última afirmación, isto é, a imposibilidade de transitar dunha incapacidade temporal a unha situación de risco durante o embarazo, a sentenza alude ao art. 37.1 RD 295/2009, do 6 de marzo, que así o establece.

Con argumentos de *lege data* nada que opoñer á decisión do TSX de Galicia con base na diferenza entre unha e outra situación de necesidade susceptible de protección

económica: o embarazo de risco, en canto situación clínica da propia embarazada, no que a muller presenta algún problema médico que supón un risco para a nai e/ou para o feto, que nada ten que ver co traballo. E o risco durante o embarazo, no que a causa da incompatibilidade baséase nas condicións laborais, non na propia xestación. No presente litixio, lembra o TSX de Galicia, “o risco é previo e alleo á actividade da demandante, sendo inherente á situación persoal da demandante previa ao propio embarazo e polas circunstancias concorrentes nel” (F.X. TERCEIRO).

Agora ben, dende a perspectiva da prohibición de discriminación por razón de sexo, o argumento merece certa reflexión, por iso é polo que esta sentenza se incluíu entre as seleccionadas nesta ocasión. O elemento decisivo é a diferenza económica existente entre o subsidio por incapacidade temporal derivado de continxencias comúns (60 e 75 por 100 da base reguladora) e o subsidio por risco durante o embarazo (100 por 100 da base reguladora) e, por tanto, o prexuízo económico que para unha traballadora lle supón a súa situación de embarazo. A esta realidade opóñense as normas internacionais, europeas e internas que protexen a maternidade dende a óptica da igualdade. Respecto diso, pode citarse a Declaración da OIT, do 25 de xuño de 1978, sobre igualdade de oportunidades e de trato para as traballadoras, que conforma o primeiro texto no que se prohibe a discriminación contra as traballadoras por razón de embarazo ou de parto (art. 8). Tamén, o Convenio OIT núm. 183, do 15 de xuño de 2000, sobre protección da maternidade, que, ademais de revisar as institucións protectoras da saúde contidas no seu art. 103, no seu art. 9 establece que “todo Membro debe adoptar medidas apropiadas para garantir que a maternidade non constitúa unha causa de discriminación no emprego, con inclusión do acceso ao emprego (...)”. Neste caso, non se pode acudir á Directiva 2006/54/CE, do 5 de xuño, porque ao tratarse dunha cuestión relativa a prestacións de Seguridade Social, a aplicable é a 79/7CEE, do 19 de decembro, que aínda que si recoñece o principio de igualdade de trato no seu art. 4, non contén ningunha disposición específica sobre o embarazo ou maternidade no sentido que si o fai a 2006/54/CE en canto

inclúe no concepto de discriminación todo “trato menos favorable a unha muller en relación co embarazo ou o permiso por maternidade no sentido da Directiva 92/85/CEE”. Agora ben, unha disposición con este contido contense no ámbito interno, en concreto, no art. 8 da Lei orgánica 3/2007, que establece que “constitúe discriminación directa por razón de sexo todo trato desfavorable ás mulleres relacionado co embarazo ou a maternidade”.

Chegados ata aquí e seguindo a doutrina máis autorizada na materia, hai que recoñecer que, na evolución da ordenación dos dereitos de maternidade das mulleres traballadoras, apréciase un proceso claro de integración da tutela da saúde coa tutela da igualdade. É máis, sendo a maternidade biolóxica un feito predicable só da metade da cidadanía, non é admisible que a súa protección o sexa dende unha óptica paternalista –como eran as primeiras leis– nin como unha situación excepcional ao principio de igualdade. Saúde e igualdade deben integrarse de tal maneira que o modelo de protección da maternidade sexa orixe de “auténticos dereitos que salvagarden a saúde das traballadoras á vez que garantan que a súa decisión de ser nais non lles supoñerá ningún prexuízo” (LOUSADA AROCHENA, F.J., CABEZA PEREIRO, J. e NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P.).

Tras estas afirmacións, quizais, haxa que reformularse que calquera circunstancia –relacionada ou non co traballo– derivada do embarazo dunha muller traballadora que lle impida a continuación da súa relación de traballo mereza un subsidio que non lle supoña un prexuízo económico, como sucede no caso da lexislación española se se compara o subsidio de IT derivado de continxencias comúns e a situación de risco durante o embarazo. Tendo en conta a normativa europea á que se fixo referencia con anterioridade, unha cuestión prexudicial non parece, *a priori*, de fácil argumentación. Quizais teña máis percorrido unha cuestión de inconstitucionalidade. En todo caso, máis aló dunha breve recensión xudicial, parece que o tema merece unha reflexión algo máis pausada.