

CAPÍTULO QUINTO

LOS REGÍMENES DE LA SEGURIDAD SOCIAL Y DIVERSOS ÁMBITOS DE APLICACIÓN

I. LA IGUALDAD ENTRE HOMBRES Y MUJERES ANTE LA SEGURIDAD SOCIAL

En la doctrina se ha expresado que corresponde a la Directiva 76/207 la cualidad de conceder a esta materia un especial punto de arranque, al contemplar ya no sólo el terreno retributivo, sino también un extensivo ámbito de aplicación del principio de igualdad de trato, observando diferentes áreas del terreno laboral. Esta normativa comunitaria vino a constituir el germen de la extensión, al disponer la conveniencia de la aplicación progresiva del principio de igualdad en materia de seguridad social, mediante el instrumento de armonización comunitaria, la directiva.⁴⁶⁴ De esta manera, prevalece la relación existente entre la seguridad, la salud laboral y el mercado interior, representando dos dimensiones de distinta índole, económica y social, que confluyen con miras a una cohesión europea.⁴⁶⁵

En este sentido existe un ente especializado en materia de seguridad y de salud en el trabajo en Europa comunitaria, la Agencia Europea para la Seguridad y la Salud en el Trabajo, encargada de realizar la evaluación socioeconómica de la legislación sobre

⁴⁶⁴ Nogueira Guastavino, Magdalena *et. al.*, “El principio de igualdad de trato en las directivas comunitarias en materia de seguridad social”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 12, 1998, pp. 133-180, en particular, pp. 135 y 136.

⁴⁶⁵ Pérez Alencart, A., *El derecho comunitario europeo de la seguridad y la salud en el trabajo*, Madrid, Tecnos, 1993.

seguridad y salud en el trabajo con relación al papel de los incentivos económicos (subvenciones y sanciones económicas). Del mismo modo, determina la influencia de los factores económicos, los costes y beneficios frente a la formulación de la política de la seguridad y la salud en el trabajo.⁴⁶⁶

Una de las implicaciones más importantes que ha tenido el derecho comunitario en materia de igualdad entre mujeres y hombres ha sido la materia de seguridad social. A pesar de predominar una evidente heterogeneidad entre los diversos sistemas nacionales de los Estados miembros en esta materia,⁴⁶⁷ ello no ha supuesto un obstáculo para la aplicación del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres en este ámbito. En los sistemas nacionales de seguridad social destacan dos características primordiales: su auténtica diversidad entre ellos, y su claro intervencionismo estatal, con una marcada influencia normativa e internacional. Precisamente han sido las directivas comunitarias en materia de seguridad social las normativas que han supuesto la eliminación de discriminaciones directas que de manera encubierta se establecían en las legislaciones nacionales de los países comunitarios.

El derecho comunitario ha supuesto una visión renovadora de la mayoría de los elementos que integran los sistemas nacionales de seguridad social, dado que la mujer ha estado cada vez más involucrada en la vida económica y social, y ha modificado así sustancialmente su papel en el ámbito familiar, cuestión que ha marcado el carácter obsoleto de la mayoría de estos ordenamientos nacionales, ya que ésta goza del derecho de determinadas prerrogativas en el ámbito de la seguridad social.⁴⁶⁸ A ello ha

⁴⁶⁶ *Repercusión económica de la seguridad y de la salud en el trabajo en los Estados miembros de la Unión Europea*, Bilbao, Agencia Europea para la Seguridad y la Salud en el Trabajo, 1999.

⁴⁶⁷ *El estado de la seguridad y la salud en el trabajo en la Unión Europea*, Bilbao, Agencia Europea para la Seguridad y la Salud en el Trabajo, Estudio piloto, Informe Resumen, 2000.

⁴⁶⁸ Guerrero Padrón, Thais, “Directivas comunitarias sobre el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres y seguridad Social”, *Temas Laborales*, núm. 68, 2003, pp. 59-73.

contribuido especialmente la normativa comunitaria mediante la adopción de diversas directivas en materia de igualdad de trato, al eliminarse conceptos tales como cabeza de familia, esposa a cargo, etcétera, o también considerar para efectos de aplicación del principio de igualdad, complementos del salario base, prestaciones sociales, y particularmente pensiones.

Pues bien, al referirnos a los sistemas nacionales de seguridad social⁴⁶⁹ de los Estados miembros, sin entrar en mayores detalles, se establece que hay dos tipos: los modelos de Seguridad Bismarck⁴⁷⁰, que se alimentan de cotizaciones de trabajadores y empresarios (el mundo laboral y las contingencias que en el mismo repercuten), y los modelos de Seguridad Beveridge, que se constituyen mediante impuestos generales e intenta proteger a toda la población contra la necesidad económica.⁴⁷¹

En el ámbito de la seguridad social se refleja la gran dificultad de reunir⁴⁷² en un conjunto, los sistemas nacionales de los Estados miembros,⁴⁷³ al ser aquel un espacio con acentuadas características nacionales, reflejo de la diversidad de sistemas de seguridad social⁴⁷⁴ y, por consiguiente, gran diferencia en la cobertura de contingencias⁴⁷⁵ y reconocimiento de prestaciones.⁴⁷⁶

⁴⁶⁹ Pieters, D., *Introducción al derecho de la seguridad social de los países miembros de la Comunidad Económica Europea*, trad. de E. Larrea Santaolalla, Madrid, Civitas-Instituto Nacional de Seguridad Social, 1992, pp. 75-98.

⁴⁷⁰ Véase el Informe de 1993, *Social Protection Europe* COM (93)531, Bruselas.

⁴⁷¹ Ojeda Avilés, Antonio, *op.cit.*, p. 11.

⁴⁷² Shulte, B., "Problemas estructurales actuales y futuros de la seguridad social: qué garantías ofrecen los sistemas de seguridad social", *Revista de Seguridad Social*, núm. 33, enero-marzo de 1987, p. 35.

⁴⁷³ *Idem*.

⁴⁷⁴ Pocar, F., *Derecho comunitario europeo del trabajo*, Madrid, Civitas, 1983, p. 294.

⁴⁷⁵ Muñoz Álvarez, G., *La seguridad social de las Comunidades Europeas: legislación, comentarios y jurisprudencia*, Pamplona, Aranzadi, 1992, pp. 58-72.

⁴⁷⁶ Iglesias Cabrero, M., *Fundamentos de derecho comunitario europeo*, Madrid, Colex, 1989, pp. 244-249.

Sin embargo, de las directivas en materia de seguridad social se pretende adoptar un sistema totalizador del reconocimiento y mantenimiento del derecho a las prestaciones con cargo a la seguridad social. Esto es, se pretende, dentro de la diversidad legislativa, lograr la armonización de resultados en todo el territorio comunitario.⁴⁷⁷

En la doctrina, existen dos métodos comunitarios para el acercamiento de las legislaciones nacionales al derecho comunitario en materia de seguridad social. La técnica de la coordinación,⁴⁷⁸ cuyo fundamento jurídico se encuentra en el artículo 94 TCE (anterior artículo 100 TCEE), que permitiría a través de reglamentos, la aplicación de las disposiciones nacionales en esta materia, primordialmente enfocada al derecho de libre circulación de trabajadores en el territorio comunitario, sin que las prerrogativas, tanto de los propios trabajadores como de los miembros de sus familias se vean lesionadas.

Una segunda técnica es la armonización, método que denota una necesidad de colaboración entre dos niveles: el nacional y el comunitario, llevada a cabo mediante directivas comunitarias que tienen como objetivo principal el mejoramiento de las condiciones de trabajo y de vida de los trabajadores, eliminando desde una perspectiva más amplia, las desigualdades sociales en su conjunto, con fundamento en los artículos 136 y 138 TCE (antiguos artículos 117 y 118 A).

El principio de no discriminación por razón de sexo en el ámbito de la seguridad social del derecho comunitario se encuentra intrínsecamente relacionado con una de las cuatro libertades fundamentales del denominado mercado interior, el derecho a la libre circulación de los trabajadores dentro del territorio de la Europa unida. En este sentido, el Consejo implementó una serie de medidas, basadas en la Convención Europea sobre Seguridad So-

⁴⁷⁷ Guerrero Padrón, Thais, *op. cit.*, p. 61.

⁴⁷⁸ Carrascosa Bermejo, Dolores, *La coordinación comunitaria de la seguridad social*, Madrid, núm. 150, Consejo Económico y Social, 2004, colección Estudios, pp. 23-106.

cial de los Trabajadores Emigrantes, de 9 de diciembre de 1959. Con este instrumento comunitario se emitirían diversas medidas y reglamentos comunitarios, con los cuales —y aun con la diversidad legislativa existente en los sistemas de seguridad social nacionales— se pudiese lograr la anhelada armonización de los resultados en las legislaciones en esta materia. Algunos ejemplos son los siguientes:

- a) Reglamento números 30. y 40. de 1958, relativos a la seguridad social de los trabajadores emigrantes.
- b) Directiva 79/7, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la implantación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social.
- c) La creación del Centro para el Desarrollo de la Formación Profesional (Cedefop), por Decisión del Consejo de 10 de febrero de 1975.
- d) Decisión de 27 de junio de 1974 a favor de los trabajadores emigrantes, y por la cual se benefició a los familiares bajo su protección.
- e) Decisión de 17 de octubre de 1983, relativa a las funciones del Fondo Social Europeo, y mediante la cual se simplificarían los trámites administrativos.
- f) Decisión de 30 de abril de 1985, a través de la cual se ofrecía atención primaria a las regiones con mayor índice de paro.
- g) Reglamentos del Consejo 3823 y 2824, ambos de 20 de diciembre de 1985 que modifican el Reglamento 2950 de 17 de octubre del mismo año, a causa de la adhesión de España y Portugal a la Comunidad Europea.
- h) Reglamento 1408 de 14 de junio de 1971.
- i) Y finalmente, el Reglamento 2001/1983, que cubre las prestaciones por maternidad y enfermedad profesional y por invalidez, pensiones de jubilación y pensiones por muerte y supervivencia.

Una de las implicaciones más importantes para el derecho comunitario en materia de seguridad social es la estructura fa-

miliar de tipo tradicional que ha subsistido en las legislaciones de los sistemas nacionales. De ahí que éstos presenten rasgos característicos de este tipo de organización social, situación predominante y constante tomando como punto de referencia dos perspectivas:⁴⁷⁹

- 1) Desde una visión laboral, aquellas características de trabajos desempeñados mayoritariamente por varones: trabajos de tipo principal, desempeñados de manera ininterrumpida, a tiempo completo.
- 2) Y desde una óptica sociológica, la concepción tradicional de la familia, representada por el hombre como cabeza de familia y proveedor de satisfactores, relegando a la mujer a un papel secundario o complementario, derivando del varón los derechos en materia de seguridad social.

Es por ello que las disposiciones nacionales de corte tradicional expresadas en los sistemas nacionales relativas a la seguridad social ya no resultan congruentes con las transformaciones sociológicas que ha experimentado la sociedad europea, sobre todo por mayor incorporación de la mujer al mundo del trabajo. Por tanto, es de suponer que las disposiciones nacionales han disimulado e incluso ocultado diversas discriminaciones por razón de sexo en el ámbito de la seguridad social.

Y por consiguiente, las diferencias de trato entre mujeres y hombres en este ámbito han prevalecido, exigiendo diferentes requisitos para ambos en lo concerniente al acceso a los beneficios derivados de otro tipo de prestaciones sociales, al ser particular en esta materia que la distribución de los roles sociales ha influido de forma acentuada. En este ámbito, el sexo de quien genera las prestaciones ha jugado un papel determinante, considerando al varón como autosuficiente, obteniendo recursos necesarios para su propio sostenimiento y el conjunto de su familia, imperando la concepción tradicional de inactividad laboral de la

⁴⁷⁹ Guerrero Padrón, Thais, *op. cit.*, p. 63.

mujer.⁴⁸⁰ En un intento por paliar esta desigualdad de trato entre mujeres y hombres,⁴⁸¹ el derecho comunitario ha emitido dos directivas en materia de seguridad social:

- 1) La Directiva 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 los regímenes legales de seguridad social.
- 2) La Directiva 86/378, de 24 de julio de 1986, relativa al principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes profesionales de seguridad social, modificada por la Directiva 96/97/CE, de 20 de diciembre de 1996.

Ambas normativas se aplican a una categoría de personas específicas e incluidas en la población activa, comprendidas las solicitantes de empleo, los jubilados y los inválidos, pero no los cónyuges de los trabajadores que no pertenecen al mercado de trabajo, afectando al conjunto de prestaciones básicas de la seguridad social, las derivadas de enfermedad, invalidez, accidentes de trabajo, enfermedad profesional, paro y asistencia social complementaria de los diferentes regímenes.⁴⁸²

Sin embargo, es a partir del asunto Barber que se modifica esta norma mediante la Directiva 96/97, de 20 de diciembre de 1996.

II. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD ENTRE MUJERES Y HOMBRES EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL Y LA DIRECTIVA 79/7/CEE

Su fundamento jurídico se encuentra en el artículo 235, hoy artículo 308 del Tratado CE, al constituir un ámbito no previsto

⁴⁸⁰ Blasco Rasero, Cristina, *La familia en el derecho de la seguridad social*, Navarra, Thomson-Aranzadi, 2003, pp. 37-39.

⁴⁸¹ Alarcón Caracuel, Manuel Ramón, “El principio de igualdad en el derecho de la Unión Europea”, en Cruz Villalón, Jesús, *La igualdad de trato en el derecho comunitario laboral*, Pamplona, Aranzadi, 1997, pp. 19-32.

⁴⁸² Cuadros comparativos de los regímenes de la seguridad social. *La protección social de los Estados miembros de la Comunidad*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1991.

en el Tratado y que se aplica a los regímenes legales que aseguren una protección contra los siguientes riesgos: enfermedad, invalidez, vejez, accidente laboral, enfermedad profesional, desempleo, así como a la ayuda social.⁴⁸³

Esta Directiva no resuelve en conjunto el problema de las discriminaciones en materia de seguridad social, sólo constituye un primer paso, una primera etapa para esta finalidad,⁴⁸⁴ que alude a la paradoja que supone haber acordado de manera inicial un plazo de ocho años para su entrada en vigor, modificándose finalmente para un término de seis años.⁴⁸⁵ En lo esencial, esta normativa comunitaria representó un primer intento en la creación de un marco jurídico con el establecimiento de normas o principios básicos que garantizasen la aplicación del principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres en el ámbito de los regímenes legales de la seguridad social. De esta manera, prohíbe en su artículo 4o. toda discriminación directa o indirectamente fundada en el sexo, haciendo especial referencia al estado matrimonial o familiar, en lo relativo al ámbito de aplicación de los regímenes y condiciones de acceso a los mismos, en la obligación de cotizar y calcular las prestaciones, incluidos los aumentos por cónyuge o persona a cargo y las condiciones de duración y mantenimiento del derecho a las prestaciones.

En esta Directiva 79/7 se han destacado dos aspectos. El primero porque supuso el desplazamiento de las otras áreas regula-

⁴⁸³ Lyon-Caen, G., *Droit social international et européen*, 16a. ed., París, Précis Dalloz, 1985.

⁴⁸⁴ Laurent, André, “Una Directiva para los años ochenta: la Directiva comunitaria relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social”, en Velarde Fuertes, Juan (pról.), *La seguridad social española y la adhesión a las Comunidades Europeas: problemas de armonización y coordinación*, Madrid, Instituto de Estudios de Sanidad y Seguridad Social, 1981, p. 31.

⁴⁸⁵ 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*, núm. 43-44, año IV, agosto-septiembre de 1988.

das en las dos anteriores Directivas (75/117 y 76/207) plasmando el constante desarrollo de este principio de igualdad de trato en el ordenamiento comunitario. Y también por ser la primera normativa vinculante en materia de seguridad social, al configurarse como ejemplo de armonización de la diversidad legislativa de los sistemas nacionales, especialmente en esta materia.⁴⁸⁶

Una de las puntualizaciones a esta Directiva es la relativa a su contenido parcial,⁴⁸⁷ al excluir de su ámbito de aplicación dos prestaciones de seguridad social:⁴⁸⁸ las de supervivencia —de viudedad, orfandad y aquellas que se reconocen por algunas legislaciones a otros familiares— y las de ayuda a la familia —tanto las establecidas a favor de los hijos, como las reconocidas por adultos a cargo— a excepción de ello, constituye una normativa que se caracteriza por su precisión y claridad en el conjunto de sus disposiciones.

En cuanto a su ámbito de aplicación, su artículo 2o. expresa que se aplica en general a la población activa y a aquellos trabajadores cuya relación laboral ha sido interrumpida por causa de enfermedad, invalidez o bien, por accidente de trabajo. De manera extensiva a aquellos que se encuentren en búsqueda de empleo, como los jubilados o inválidos, esto es, a los regímenes legales que aseguren una protección frente a los riesgos de enfermedad, invalidez, vejez, accidente laboral, enfermedad profesional y desempleo, así como también a las ayudas de asistencia social complementarias a las prestaciones de la seguridad social señaladas.

Por lo que se refiere a la jurisprudencia, en el asunto Atkins⁴⁸⁹ el Tribunal comunitario confirma el carácter complementario de

⁴⁸⁶ Nogueira Guastavino, Magdalena, *op. cit.*, p. 137.

⁴⁸⁷ Pérez del Río, Teresa, “El principio de igualdad de trato y la prohibición de discriminación por razón de sexo en el derecho comunitario”, en Rentero Jover, Jesús (dir.), *Derechos laborales individuales y colectivos y derecho comunitario*, Madrid, Cuadernos de Derecho Judicial, 1997, p. 81.

⁴⁸⁸ Laurent, André, *op. cit.*, pp. 31 y 32.

⁴⁸⁹ TJCE, sentencia del 11 de julio de 1996, *Atkins*, 228/94.

las prestaciones de ayudas sociales con fundamento en el artículo 3o., párrafo 1, de la Directiva en cuestión. Este caso en particular se refiere a la incapacidad, declarando que la prestación no protege directamente contra alguno de los riesgos enumerados en el artículo 3o. Por tanto, no basta que el beneficiario se encuentre en una de las situaciones previstas en dicho artículo, ya que la prestación de ayuda social debe ser entendida en el sentido de incluirla, cuando estén destinadas a completar los regímenes contemplados en el artículo mencionado.

En esta sentencia, el señor Atkins alega discriminatoria la negativa a proporcionarle una reducción en el pago de transporte público, prestación que se otorgaba bajo dos supuestos: a quienes habían adquirido una determinada edad, correspondiendo a las mujeres sesenta años, y a los varones sesenta y cinco, o bien que se encontrasen en una situación de invalidez, como el demandante. El órgano jurisdiccional declaró que tal condición de invalidez no era suficiente para otorgarle la prestación que solicitaba.

Otra de las novedades que implica la Directiva europea es la supresión del concepto cabeza de familia⁴⁹⁰ como punto de referencia en el sistema de prestaciones, justificándose con anterioridad, dado que en las actividades de la mujer en el contexto familiar, trabajo o ámbito laboral, ocio, entre otras, el tiempo es continuo, dedicándose por completo a la reproducción, esto es, dedicada a desarrollar su vida propia, siendo la cabeza familiar, casi exclusivamente masculina, que las mujeres ocupan cuando no existe un varón adulto en el hogar.

Por tanto, la Directiva 79/7 representa un primer paso en la eliminación del modelo de familia patriarcal, sin enfocar a la familia como centro del régimen jurídico de las prestaciones laborales derivadas de la seguridad social. Esta normativa europea tiene efecto directo tanto horizontal como vertical en todos los preceptos, ya que su único destinatario es el Estado nacional, refiriéndose en exclusiva a los regímenes legales de la seguridad social.

⁴⁹⁰ Izquierdo, Jesús, *op.cit.*, p. 24.

Ahora bien, al prevalecer la heterogeneidad de los sistemas nacionales en materia de seguridad social, la cuestión de jubilación adquiere características especialmente relevantes. Si bien es cierto, cada uno de los países miembros establece edades de jubilación distintas para mujeres y hombres, esta normativa comunitaria expresa esa facultad o potestad, a través de su artículo 7o., párrafo 1, que dispone la facultad de los Estados miembros de excluir del ámbito de aplicación de esta norma comunitaria diversas materias, entre ellas, incluye la base jurídica para que los Estados miembros determinen distinta regulación en cuanto a la edad de jubilación, al señalar que “la presente Directiva no obstará la facultad que tienen los Estados miembros de excluir de su ámbito de aplicación: a) la fijación de la edad de jubilación para la concesión de las pensiones de vejez y de jubilación, y las consecuencias que puedan derivarse de ellas para otras prestaciones”.

Así como también las ventajas concebidas en materia de carrera de seguro de vejez a las personas que han cuidado hijos; la concesión de empleo debido a la educación de los hijos; la concesión de derechos a prestaciones de vejez o invalidez como derechos derivados de la esposa; la concesión de aumentos de las prestaciones de larga duración de invalidez, vejez, accidente laboral, o enfermedad por la esposa a cargo, y las consecuencias que resultaren del ejercicio, antes de la adopción de la presente Directiva o de no contraer obligaciones en el marco de un régimen legal.

Al respecto, la doctrina ha señalado que se debe fundamentalmente a tres razones:

- a) En primer lugar, se ha aseverado que se trata de una acción afirmativa, en la que se pretende o se tiene como objetivo alcanzar una igualdad real, al fijar una edad inferior de jubilación para las mujeres con relación a los hombres.
- b) La segunda razón obedece a cuestiones meramente históricas, sin embargo, hay quien expresa que ello puede derivar de una idea paternalista.

c) Y finalmente, se considera relacionada con el equilibrio financiero de los sistemas de seguridad social.⁴⁹¹

De igual modo hay que destacar el carácter transitorio o temporal de la disposición, otorgando una amplia facultad a los Estados miembros, relativa a determinar la supresión de las diferentes edades de jubilación fijadas para mujeres y hombres; así como también a los diferentes conflictos suscitados a raíz de esta Directiva comunitaria,⁴⁹² dado que, por una parte, establece la aplicación del principio de igualdad de trato por razón de sexo, y por otra, dispone excepciones a dicho principio. Entre tales excepciones, la de mayor relevancia tanto social como jurídica, es la relativa a las diferentes edades de jubilación para hombres y mujeres, misma que repercute en el cálculo del monto de las pensiones.⁴⁹³

En cuanto a las excepciones establecidas en el artículo 7o., párrafo 1, la Directiva 79/7 también faculta a los Estados miembros de excluir de su ámbito de aplicación, determinadas prestaciones y métodos o requisitos de atribución de prestaciones. Las excepciones son las siguientes: a) la concesión de derechos a prestaciones de vejez o invalidez en razón de los derechos derivados de la esposa; b) la concesión de ventajas adquiridas tras los períodos de interrupción del empleo a causa de la educación de los hijos y otras ventajas otorgadas para la vejez a quienes hayan educado hijos; c) la concesión de aumentos de pensiones de invalidez o vejez, o de las pensiones derivadas de riesgos profesionales, por

⁴⁹¹ TJCE, sentencia del 7 de julio de 1992, *The Queen vs. Secretary of State for Social Security, ex parte Equal Opportunities Commission*, C-9/91, en donde el Tribunal se pronunció expresando que a la excepción contenida en el artículo 7o., párrafo 1, correspondían dos finalidades: el mantenimiento de las ventajas concedidas a las mujeres y, por otra parte, preservar el equilibrio financiero de los sistemas de pensiones.

⁴⁹² Esteve Segarra, María Amparo, “La fijación de edades de jubilación distintas por razón de sexo en el derecho comunitario”, *Documentación laboral*, núm. 55, 1998-I, pp. 70-74.

⁴⁹³ TJCE, sentencia del 10. de julio de 1993, *Van- Cant*, C-154/92.

razón de esposa a cargo, y d) las consecuencias que se deriven, con anterioridad a la adopción de esta normativa, del ejercicio de un derecho de opción, con la finalidad de no adquirir derechos o contraer obligaciones en el marco de un régimen legal.

El Tribunal de Luxemburgo ha desarrollado un auténtico casuismo jurisprudencial,⁴⁹⁴ en particular en el ámbito de seguridad social comunitaria, es por ello que resulta complicado determinar qué línea interpretativa sigue en sus resoluciones jurisprudenciales,⁴⁹⁵ aunado a la diversidad legislativa de los sistemas nacionales en esta esfera.⁴⁹⁶

Ahora bien, adentrándonos al panorama jurisprudencial, es de obligada referencia el caso Burton,⁴⁹⁷ en el que se plantea el pago de una indemnización por jubilación anticipada, satisfecha por el empleador al trabajador que desea abandonar el puesto en los cinco años que anteceden a la edad mínima para la jubilación contemplada por el derecho británico. El órgano jurisdiccional excluye el carácter salarial a este tipo de indemnización y además no considera contraria al derecho comunitario la diferencia de edad mínima correspondiente a sesenta y cinco años para los varones y sesenta para las mujeres, ya que la Directiva 79/7 en materia de seguridad social permite a los Estados mantener límites de edad diferentes para jubilarse.

Este criterio jurisprudencial será objeto de corrección en la sentencia Barber, al ampliar el concepto de retribución expresado en el anterior artículo 119 del Tratado de Roma, actual artículo

⁴⁹⁴ Fernández Domínguez, Juan José, "Nota del TJCEE sobre situaciones transitorias de discriminación por razón de sexo en las prestaciones familiares a cargo", *Revista Española de Derecho de Trabajo*, núm. 90, julio-agosto de 1998, pp. 56-78.

⁴⁹⁵ López López, Julia, *Seguridad social comunitaria y jurisprudencia española*, Madrid, Cuadernos Civitas, 1996, pp. 87-110.

⁴⁹⁶ Laurent, André, "El principio de igualdad de trato de hombres y mujeres en la seguridad social y límites del mismo", *Revista de la Seguridad Social*, núm. 33, año 1987, pp. 103-123.

⁴⁹⁷ TJCE, sentencia del 16 de febrero de 1982, *Burton*, 19/81, apartado 30, recopilación 1982.

141 del Tratado de Ámsterdam (artículo 157 en el Tratado de Lisboa de 2007), considerando como uno de los elementos retributivos los regímenes de jubilación voluntaria.

La sentencia Burton fue la resolución que dio el primer paso en la evolución de la doctrina judicial del Tribunal de Luxemburgo en materia de seguridad social, asunto en el que se estableció la línea interpretativa del Tribunal, al considerar aplicable la excepción que establece la Directiva 79/7 respecto a la facultad de los Estados miembros en lo concerniente a mantener un régimen de edad diferente para la jubilación de hombres y mujeres,⁴⁹⁸ interpretando que no constituye una discriminación fundada sobre el sexo dentro del artículo 5o., de la Directiva 76/207.

En este sentido, en el asunto Marshall,⁴⁹⁹ el órgano jurisdiccional comunitario declaró que la diferencia en materia de edad de jubilación entre hombres y mujeres, admitida por el artículo 7o., párrafo 1, de la Directiva 79/7, no puede reflejarse sobre el derecho al mantenimiento del puesto de trabajo por las trabajadoras. Por tanto, no puede considerarse supuesto de discriminación por razón de sexo, prohibido por el artículo 5o. de la Directiva 76/207, el despido de una trabajadora por haber adquirido o superado la edad mediante la cual tiene derecho a percibir una pensión estatal. Este caso versa sobre el despido de la señora Marshall, quien continuó laborando dos años más respecto al periodo establecido para otorgársele la jubilación, dado que para las mujeres se fijaba una edad de sesenta años, y para los varones de sesenta y cinco años. El Tribunal de Luxemburgo afirma que en el ámbito relativo al cese de la relación laboral, no cabían discriminaciones por razón de sexo, aceptando por su parte la distinción en la edad de jubilación en materia de seguridad social, pero no aplicable al ámbito de la extinción del contrato de trabajo.

Una interpretación similar se expone en el asunto Beets-*Proper*.⁵⁰⁰ El caso lo plantea la señora Beets-*Proper*, quien laboraba

⁴⁹⁸ *Cfr.* Nogueira Guastavino, Magdalena, *op. cit.*, p. 139.

⁴⁹⁹ TJCE, sentencia del 26 de febrero de 1986, *Marshall*, 152/84.

⁵⁰⁰ TJCE, sentencia del 26 de febrero de 1986, *Beets-*Proper**, C-262/84.

en una empresa bancaria cuyo estatuto fijaba la edad de jubilación de sesenta años para las trabajadoras, y de sesenta y cinco para los trabajadores. Sin embargo, su contrato laboral no establecía cláusula relativa a la extinción automática de la relación laboral una vez cumplida la edad de jubilación mencionada. Aun cuando la demandante expresó su deseo de continuar laborando en la empresa, se aplicó la legislación neerlandesa que consideraba de manera rígida el supuesto de extinción automática de la relación laboral al adquirirse el derecho a percibir una pensión. El Tribunal comunitario afirmaba que en los supuestos de extinción de la relación laboral no caben discriminaciones por razón de sexo.

En este sentido, resulta interesante destacar la sentencia Drake,⁵⁰¹ en la que se plantea determinar si el derecho al cobro de un subsidio por parte de quien se ocupa de atender a un ascendiente inválido, puede entenderse comprendido o no en el régimen legal de protección frente al riesgo de invalidez contemplado por el artículo 30., párrafo 1, de la Directiva 79/7.⁵⁰² A lo que el Tribunal resolvió que una persona sigue formando parte de la población activa aun cuando haya sido un ascendiente quien haya sufrido una de las contingencias expresadas en el artículo 30., de la Directiva 79/7, en este caso la invalidez, situación que le obligaba a interrumpir su actividad profesional.

De todo lo anterior debemos hacer algunas acotaciones relativas a la segunda parte de la excepción del artículo 70., párrafo 1, al referirse a las consecuencias que puedan derivarse para otras prestaciones. El Tribunal de Luxemburgo también ha establecido su línea interpretativa, declarando que se incluyen como tales los efectos en prestaciones diferentes a la jubilación, como por ejemplo, en las prestaciones de invalidez, así como también a los tratamientos discriminatorios que se deriven de la misma presta-

⁵⁰¹ TJCE, sentencia del 24 de junio de 1986, *Drake*, 150/83.

⁵⁰² Sempere Navarro, A. V., “Protección por invalidez e igualdad entre hombres y mujeres”, *Noticias CEE*, núm. 26, año V, septiembre de 1988, pp. 38-56.

ción de jubilación. Un claro ejemplo, al considerar el periodo de cotización.⁵⁰³

Ahora bien, para determinar la relación de causalidad entre la edad de jubilación diferente por razón de sexo y las discriminaciones existentes en otro tipo de prestaciones, prevalecen tres criterios interpretativos: la relación de causalidad necesaria, la relación de causalidad objetiva y la relación de causalidad estricta.

En el primer criterio, las discriminaciones derivadas de las diferentes edades de jubilación serán justificadas si atienden a la finalidad expresa de la Directiva, la igualdad de trato entre hombres y mujeres. Este criterio se establece en la sentencia *Thomas*⁵⁰⁴ sobre la petición de dos pensiones de invalidez no contributivas reclamadas por varias trabajadoras. A tal petición le fue aplicable la legislación británica, al disponer que en este tipo de pensiones quedaban excluidas aquellas personas que habían alcanzado la edad de jubilación, que correspondía de sesenta y cinco y de sesenta años, para trabajadores y para trabajadoras respectivamente. El Tribunal declara que fijar diferente edad para acceder al sistema de pensiones por invalidez no constituía consecuencia necesaria de establecer diferenciación en la edad de jubilación por razón de sexo.

Igualmente ilustrativa para el segundo criterio es la misma sentencia *Thomas*, resolución en la que el Tribunal declara que tales discriminaciones deben estar necesaria y objetivamente vinculadas a las diferencias respecto a la edad de jubilación. Por tanto, no corresponderá al Estado miembro disponer subjetivamente tal apreciación, sino que será determinada por la propia prestación cuando sea necesario objetivamente.

Y finalmente, el tercer criterio es la combinación de los dos anteriores, esto es, las discriminaciones existentes en los demás regímenes de prestaciones que se relacionen necesaria y objetivamente con la diferenciación de la edad de jubilación.

⁵⁰³ Esteve Segarra, María Amparo, *op. cit.*, pp. 79 y 80.

⁵⁰⁴ TJCE, sentencia del 30 de marzo de 1993, *Thomas*, C-328/91.

En esta misma línea, el artículo 7o., párrafo 7, de la Directiva en estudio, se encuentra estrechamente relacionado con la disposición expresada en el párrafo 2, del mismo artículo, aludiendo al carácter temporal de la fijación de edades de jubilación distintas por razón de sexo.

Aunado a lo anterior, existen cambios sociales especialmente en la nueva situación de las mujeres en el matrimonio, en la familia, en el mundo del trabajo y en la sociedad en general, que suponen problemas frente a la normativa de la seguridad social. Para ello dispone en su artículo 7o., párrafo 2, que los Estados miembros examinarán periódicamente las materias excluidas en virtud del apartado 1, a fin de comprobar, teniendo en cuenta la evolución social de la materia, si está justificado mantener las exclusiones de que se trata.

Por lo que concierne al ámbito subjetivo de aplicación, resulta demasiado amplio, al referirse en su artículo 2o., de manera general a la población activa, incluyendo a los trabajadores independientes, a 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.

La sentencia Ruzius se estableció contraria a la Directiva 79/7, una disposición de la normativa social holandesa —Ley reguladora del Régimen General de la Seguridad Social—, que disponía la concesión de un subsidio en situación de incapacidad temporal, de una cuantía que dependía de las necesidades de supervivencia y cuyo monto no dependía de la retribución profesional previamente percibida por el sujeto protegido, sólo si éste trabajó en forma parcial. Por tanto, a este tipo de trabajadores correspondía un importe del subsidio inferior al mínimo establecido en la norma. De esta manera lo declaraba el Tribunal comunitario:

El apartado 1, del artículo 4o., de la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, debe ser interpretado en el sentido de que, en el marco de una legislación nacional que garantice un ingreso mínimo social a los asegurados afectados por una incapacidad laboral transitoria, se opone a que una disposición

establezca una excepción a dicho principio en relación con asegurados que hayan trabajado precedentemente a tiempo parcial y limite el importe de la prestación al salario percibido con anterioridad, cuando dicha medida afecta a un número mucho mayor de mujeres que de hombres, a no ser que la referida legislación se justifique por razones objetivos y ajenos a cualquier tipo de discriminación por razón de sexo.⁵⁰⁵

En este asunto, el Estado holandés determinó que de no llevarse a cabo la reducción del subsidio, el trabajador a tiempo parcial percibiría una prestación superior en el periodo en el que se encontrara enfermo, que cuando estuviera trabajando. El Tribunal de Luxemburgo declaró que este tratamiento podría aplicarse a los trabajadores a tiempo completo; sin embargo, no se les reduciría el importe del subsidio.

Por otra parte, en la sentencia *Roks*, el Tribunal comunitario afirma que las consideraciones de índole presupuestaria no constituyen, por sí solas, un objetivo persegurable por la política social de un Estado miembro y, por tanto, no pueden justificar una decisión normativa en detrimento de uno de los sexos, así lo expresa:

El derecho comunitario se opone a la aplicación de una normativa nacional que, supeditando el derecho a una prestación por incapacidad laboral a un registro no impuesto anteriormente a los hombres, priva a las mujeres casadas de los derechos que deducirían del efecto directo del apartado 1, del artículo 40., de la Directiva 79/7/CEE 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.⁵⁰⁶

El objetivo de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia es evitar las discriminaciones por razón de sexo en la normativa de protección social a través de una interpretación restrictiva de las

⁵⁰⁵ TJCE, sentencia del 13 de diciembre de 1989, *Ruzius*, 102/88, recopilación 1989.

⁵⁰⁶ TJCE, sentencia del 24 de febrero de 1994, *Roks*, 343/92, recopilación 1994.

causas justificativas de todo tipo de tratamiento perjudicial para las mujeres. Así por ejemplo, los asuntos Nolte⁵⁰⁷ y Megner, se refieren a los trabajos marginales o insignificantes en Alemania, cuya protección social se reduce, al ser excluidos del ámbito de aplicación de las prestaciones por invalidez, jubilación, desempleo y seguro de enfermedad, que afectan mayoritariamente a mujeres.

Respecto a lo anterior, el gobierno alemán defendía su postura alegando razones presupuestarias y de política de empleo. El órgano jurisdiccional comunitario declaró que la política social es competencia de los Estados miembros, objetivamente extraña a toda discriminación fundada en el sexo, y por tanto, el legislador nacional podría razonablemente estimar que la legislación encauzada era necesaria para conseguir tal finalidad.

Por lo que respecta al asunto Nolte, se plantea la cuestión sobre la aplicación de dicho principio a una legislación nacional alemana que excluye del seguro obligatorio de invalidez y vejez, el seguro de enfermedad, y de la obligación de cotizar al seguro de desempleo, los empleos menores o de corta duración. Aquí el Tribunal de Justicia declara que se encuentran dentro del ámbito subjetivo o personal de aplicación de esta Directiva aquellas personas que ocupen empleos considerados menores por requerir normalmente menos de quince horas semanales de trabajo y no exceder su salario de una séptima parte del salario medio mensual, no siendo ésta una justificación para negarle la condición de trabajador ni excluirlo de la población activa, interpretando como sigue:

El apartado 1, del artículo 4o., de la Directiva 79/7/CEE del Consejo de 19 de diciembre de 1978, relativa a la igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, debe interpretarse en el sentido de que no se opone a una normativa nacional que excluye del régimen legal del seguro de vejez, los empleos que normalmente requieren menos de quince horas se-

⁵⁰⁷ TJCE, sentencia del 14 de diciembre de 1995, *Nolte*, 317/93.

manales de trabajo y cuyo salario no excede de una séptima parte del salario medio mensual, aunque afecte a muchas más mujeres que a hombres, ya que el legislador nacional pudo estimar razonablemente que dicha legislación era necesaria para alcanzar un objetivo de política social ajeno a toda discriminación por razón de sexo.

Ahora bien, en esta Directiva, el concepto de población activa es muy amplio, incluyendo a quienes están buscando empleo. A este respecto, en el asunto Megner⁵⁰⁸ se establece que aun cuando los ingresos del trabajador no cubran todas sus necesidades no puede privarle de su condición de persona activa.

En este sentido, el Tribunal de Luxemburgo declara que no constituye discriminación por razón de sexo —aunque dichas disposiciones afecten a muchas más mujeres que a hombres— una normativa que excluye las actividades por cuenta ajena con un horario normal, inferior a quince horas semanales y una retribución normal superior a una séptima parte de la base mensual de referencia de la afiliación obligatoria a los regímenes legales de seguro de enfermedad y del seguro de vejez. De igual modo, no se considera discriminatoria por motivo de sexo, una normativa nacional que excluye de la cotización obligatoria, el régimen legal del seguro de desempleo y las actividades por cuenta ajena —habitualmente limitadas, por su naturaleza, a un horario normal inferior a dieciocho horas semanales o bien que tal limitación se establezca en un contrato de trabajo—.

Debe destacarse en este asunto que el Tribunal expresa como una suerte de condición, el *animus discriminandi* como elemento para valorar la existencia de una discriminación.

Por lo que se refiere a estos dos asuntos anteriores, el órgano jurisdiccional comunitario declaró que una disposición de legislación nacional se encuentra conforme al derecho comunitario, concretamente al artículo 4o., párrafo 1, de la Directiva en cues-

⁵⁰⁸ TJCE, sentencia del 14 de diciembre de 1995, *Megner*, 444/93, recopilación 1995.

tión, de cuya aplicación resulta la exclusión de los trabajadores a tiempo parcial, quienes al laborar un tiempo inferior de quince horas semanales quedan fuera de la protección de invalidez y vejez. Así como también tenemos aquellos a quienes se les excluye de la prestación de vejez, enfermedad y desempleo, asuntos Nolte y Megner, respectivamente, aun cuando dicha medida afecte a un mayor número de mujeres que hombres, resulta necesaria y tiene como fundamento perseguir un objetivo de la política social de un Estado miembro, exento de toda discriminación por razón de sexo.

Conviene aclarar que si bien en la Directiva en estudio se establece la libertad de los Estados miembros en el establecimiento de diferentes edades de jubilación por razón de sexo,⁵⁰⁹ con las resoluciones del Tribunal de Luxemburgo se pretende sentar varias salvedades a la misma excepción establecida en el artículo 7o., párrafo 1, inciso a, dado que el Tribunal ha declarado en qué casos se puede considerar discriminación y qué supuestos no constituyen tratamientos discriminatorios.

La materia de seguridad social constituye una más de las esferas en las que el Tribunal de Luxemburgo ha sentado sus criterios jurisprudenciales sin seguir una línea interpretativa de manera específica e incluso llegando a entintar de relativismo jurisprudencial la efectividad de los criterios interpretativos expuestos en sus sentencias,⁵¹⁰ al prevalecer aun la posición desigual en la que se encuentra la mujer trabajadora.

En la normativa nacional de los Estados miembros, en el ámbito de seguridad social,⁵¹¹ se reflejaba el pensamiento tradicional de la familia, mismo que le ha servido de base y estructura,⁵¹²

⁵⁰⁹ Laurent, André, *op. cit.*, pp. 33-35.

⁵¹⁰ Ferreras Alonso, F., "Reflexiones en torno a la edad de jubilación", *Claridad*, núm. 18, 1980, pp. 93-118.

⁵¹¹ "Política comunitaria de la edad de jubilación" (Informe de la Comisión al Consejo de la CEE), *Revista de Treball*, núm. 84, 1986, pp. 102-130.

⁵¹² *La edad de jubilación en Europa (Retrospectivas y perspectivas de la seguridad social)*, Madrid, Instituto de Estudios Laborales y de la Seguridad Social, 1994, pp. 64-73.

es decir, una organización social cimentada en roles familiares tradicionales, caracterizada por el matrimonio, y en donde sólo el hombre desempeñaba una actividad laboral,⁵¹³ suponiendo la subordinación de la mujer casada, supeditada a las prestaciones derivadas de su esposo.

Es por ello que esta Directiva pretende una visión distinta, al preceptuar una posición de igualdad de trato entre mujeres y hombres, disponiendo derechos autónomos en materia de seguridad social, considerados ambos en un plano de igualdad social y jurídica.

Ahora bien, una materia exenta del ámbito de aplicación de la presente Directiva corresponde a la normativa protectora de la mujer concerniente a la maternidad, en la cual los Estados poseen libertad para establecer aquellas medidas específicas a favor de ésta, destinadas a la eliminación de las desigualdades de hecho. Así, en el artículo 4o. se expresa que el principio de igualdad de trato no se opone a las disposiciones relativas a la protección de la mujer en razón de su maternidad.

Hemos de advertir la gran trascendencia que ha significado la Directiva 79/7, al ser la primera normativa comunitaria, de carácter vinculante para los países miembros, con un claro objetivo: sentar las bases y lineamientos comunes dentro de la disparidad que ha caracterizado a los sistemas nacionales de seguridad social de los países comunitarios. Así como también rompiendo esquemas en lo relativo a la instauración de un marco jurídico de igualdad de trato entre hombres y mujeres en dicha esfera.⁵¹⁴

III. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE TRATO EN LOS REGÍMENES PROFESIONALES DE SEGURIDAD SOCIAL Y LA DIRECTIVA 86/378/CEE

Con esta cuarta Directiva adoptada en materia de seguridad social, se completa el marco de los regímenes profesionales,

⁵¹³ Laurent, André, *op. cit.*, pp. 107-112.

⁵¹⁴ Pumar Beltrán, Nuria, *La igualdad ante la ley en el ámbito de la seguridad social*, Madrid, Thomson-Aranzadi, 2001, pp. 275-292.

complementarios o sustitutorios de los regímenes legales de seguridad social, que protegen los mismos riesgos de enfermedad, invalidez, vejez, accidente de trabajo, riesgo profesional y desempleo.⁵¹⁵ Uno de los objetivos de esta normativa europea es expresar el concepto de discriminación indirecta en la protección social, en especial la referida a los trabajadores atípicos, esencialmente trabajadoras a tiempo parcial.

En su artículo 1o., establece el objetivo de conseguir la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes profesionales de la seguridad social. Por su parte, el numeral 2o., dispone el ámbito subjetivo, al aplicarse a aquellos regímenes que la Directiva 79/7 no contempla, con el objeto de ofrecer a los trabajadores asalariados o independientes —agrupados en el marco de una empresa o de un grupo de empresas, de una rama económica o de un sector profesional— prestaciones destinadas a completar las ofrecidas por los regímenes legales de seguridad social o a sustituirlas, sea facultativa u obligatoria la afiliación a tales regímenes.

En su artículo 6o., incluye un listado de aquellas disposiciones contrarias al principio de igualdad de trato, y por tanto, directa o indirectamente discriminatorias, peculiaridad que denota un ámbito de aplicación bastante amplio, respecto a la Directiva 79/7, pues no excluye ningún tipo de prestación, ni las de supervivencia, ni las de ayuda familiar incluyendo de forma expresa en estos regímenes edades diferentes de jubilación. Así las enuncia:

- a) Definir a las personas admitidas para participar en un régimen profesional en razón o función de su sexo.
- b) Fijar el carácter obligatorio o facultativo de la participación en el mismo en función del sexo.
- c) Establecer edades diferentes en lo que concierne a la edad de entrada en el régimen o a la duración mínima del empleo o a la afiliación al régimen para la obtención de prestaciones en función del sexo.

⁵¹⁵ Arce, Juan Carlos, *El trabajo de las mujeres en el derecho comunitario*, Valencia, Tiran lo Blanch, 1999, p. 69.

- d) Establecer reglas diferentes en función del sexo sobre reembolso de las cotizaciones cuando el trabajador abandona el régimen sin haber cumplido las obligaciones que le garantizan el derecho a prestaciones a largo plazo.
- e) Fijar condiciones diferentes para la obtención de las prestaciones o reservarlas a los trabajadores de uno de los sexos.
- f) Imponer edades diferentes de jubilación.
- g) Interrumpir el mantenimiento o la adquisición de derechos durante la suspensión por maternidad o la excedencia por razones familiares, legal o convencionalmente prescritos y remunerados por el empleador.
- h) Fijar niveles diferentes para las prestaciones en función del sexo (salvo la excepción establecida con referencia a la utilización de factores actuariales).
- i) Fijar niveles diferentes para las cotizaciones de los trabajadores o de los empleadores en el caso de prestaciones definidas como basadas en las cotizaciones, salvo si se tratare de aproximar los importes de dichas prestaciones.
- j) Establecer normas diferentes o normas aplicables sólo a los trabajadores de uno de los sexos, en lo referente a la garantía o el mantenimiento del derecho a prestaciones diferidas cuando el trabajador abandone el régimen.

Por lo que toca a los regímenes profesionales de seguridad social, la sentencia Barber resulta ser de obligada referencia, ya que fue a partir de este asunto que esta normativa comunitaria se modifica mediante la Directiva 96/97/CE del Consejo, de 20 de diciembre de 1996. En el criterio jurisprudencial emitido por el Tribunal de Justicia, declara que las pensiones satisfechas con arreglo a un régimen profesional privado, independiente del régimen general, están comprendidas en el artículo 119, ya que son financiadas por el empresario, o bien, por éste y los trabajadores, sin participación alguna de los poderes públicos.

Ahora bien, al excluir una parte del esquema legal de pensiones, también le es aplicable la normativa contenida en el artículo 119, pues corresponde a una serie de ventajas vinculadas a un

empleo concreto, y en una etapa determinada. En la misma sentencia Barber, el Tribunal Comunitario dispone que a diferencia de las prestaciones concedidas por los regímenes legales nacionales de seguridad social, las pensiones pagadas por los planes convencionalmente excluidos del régimen general constituyen, sin duda, gratificaciones satisfechas por el empresario al trabajador, en razón de la relación de trabajo y, por consiguiente, están comprendidas en el ámbito de aplicación del artículo 119 del Tratado.⁵¹⁶

Ha de señalarse que la Directiva 96/97 modifica diversos artículos de la Directiva 86/378 dirigidos a excluir del ámbito de su aplicación los regímenes financiados por contribuciones voluntarias de los trabajadores, en los que incluye a los derechohabientes en el ámbito subjetivo de aplicación. Así, su artículo 2º. señala expresamente que:

No se opone al principio de igualdad en materia de seguridad social, que un empresario conceda a las personas, que de acuerdo con el régimen profesional, hayan alcanzado la edad de jubilación pero no tengan la edad prevista en el régimen legal, un complemento de pensión para acercarse al importe de las prestaciones globales con relación a las personas del sexo opuesto en la misma situación que hubieren ya alcanzado la edad de jubilación legal, hasta que los beneficiarios del complemento alcancen la edad de jubilación legal.

En el artículo 9º., se incluye una disposición respecto a que hombres y mujeres puedan exigir una edad de jubilación flexible.

Por su parte, en la sentencia Ten Oever,⁵¹⁷ el órgano jurisdiccional comunitario afirma que las pensiones extralegales de supervivencia (pago de una pensión de viudedad) constituyen una retribución en el sentido y alcance del artículo 119 del Tratado de Roma, disposición que comprende todas las gratificaciones en di-

⁵¹⁶ TJCE, sentencia del 17 de mayo de 1990, *Barber*, 262/88, apartado 28.

⁵¹⁷ TJCE, sentencia del 6 de octubre de 1993, *Ten Oever*, 109/91.

nero o en especie, actuales y futuras, siempre que sean satisfechas por el empresario a favor del trabajador, directa o indirectamente en razón de la relación de trabajo. Asimismo, declara que si determinadas prestaciones son pagadas tras la extinción de la relación laboral, ello no excluye que puedan tener carácter retributivo, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 119. Por tanto, queda sentado el carácter de retribución de las prestaciones de supervivencia que tienen su origen en un plan de pensiones de empresa.

Con respecto a la protección social complementaria, en la sentencia Barber, el Tribunal declara que todas las formas de pensiones de empresas constituyen un elemento de retribución para efectos del artículo 119 del Tratado, estableciendo la generalidad del principio de igualdad de no discriminación entre hombre y mujer en materia de regímenes profesionales de seguridad social respecto al concepto de fijar la edad de la pensión. Asimismo, estimó una limitación temporal respecto al efecto directo del artículo 119 del Tratado CE,⁵¹⁸ declarando que:

No puede ser alegado para exigir la igualdad de trato en materia de planes de pensiones de empresa, más que respecto de las prestaciones devengadas en virtud de períodos de empleo posteriores al 17 de mayo de 1990, sin perjuicio de la excepción prevista a favor de los trabajadores o sus causahabientes que, antes de dicha fecha hubieren iniciado una acción judicial o hubieren formulado una reclamación equivalente según el derecho nacional aplicable, y sólo a estos supuestos los efectos retroactivos de la sentencia Barber se extenderán o bien, hasta el 8 de abril de 1976, momento que el Tribunal de Justicia declara la aplicabilidad directa del artículo 119 del Tratado CE, o bien hasta la fecha de adhesión al Tratado del Estado en cuestión.

La sentencia Barber destaca por tres importantes aspectos:

- 1) Considera aplicable el principio de no discriminación en materia retributiva no solamente a los elementos salariales, sino a todos aquellos que integren la retribución laboral.

⁵¹⁸ Sánchez López, María Belén, *op. cit.*, p. 32.

- 2) Representó la primera ocasión en que también los varones podrían ser discriminados, equiparando su tratamiento discriminatorio con respecto a la mujer, quien en la mayoría de los casos ha sido la discriminada.
- 3) Finalmente, supuso la anexión del denominado Protocolo Barber sobre el artículo 119 del Tratado CE, insertado en el Protocolo Social del Tratado de Maastricht, estableciendo los efectos temporales de la sentencia.

Otra de las sentencias representativas en la materia es el asunto Bilka, en el cual el Tribunal comunitario estableció que excluir a los trabajadores a tiempo parcial de un sistema de mejora de pensiones de la seguridad social constituye una discriminación retributiva contenida en el artículo 119 del Tratado de Roma y la Directiva 75/117, al perjudicar a un número mayor de mujeres, excepto si la empresa demuestra la existencia de factores objetivos y razonables que hagan ajeno este tratamiento a toda discriminación por razón de sexo.

De esta manera el Tribunal de Justicia expresa que en un porcentaje considerablemente inferior de mujeres que de hombres, quienes trabajan en jornada completa, la exclusión de los trabajadores a tiempo parcial del régimen de pensiones de empresa es contraria al artículo 119, atendiendo a las dificultades de las trabajadoras para trabajar a tiempo completo. Sin embargo, si la empresa puede probar que su práctica salarial se basa en factores objetivamente justificados y ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo, no podrá apreciarse ninguna infracción del artículo 119.⁵¹⁹

El principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres representa uno de los objetivos que la Unión Europea se ha planteado en sus diversas actuaciones; sin embargo, al enfocarse en los datos estadísticos, se muestra estrechamente una relación de las mujeres con el mercado de trabajo, condicionando su posi-

⁵¹⁹ TJCE, sentencia del 13 de mayo de 1986, *Bilka*, 170/84, apartados 29 y 30.

ción discriminatoria frente a los varones en la normativa de seguridad social. Una muestra de ello es la presencia femenina acentuada en puestos de empleo atípicos, caracterizados por escasa formación profesional, brecha salarial persistente en este tipo de empleos, salarios inferiores, y su auténtica posición desigual en las prestaciones de seguridad social.⁵²⁰

Los contratos de trabajo atípicos, temporales o a tiempo parcial, que implican las condiciones de precariedad laboral, muestran que la gran mayoría de mujeres debe hacer frente a las responsabilidades familiares y al cuidado de los hijos, situación que repercute en sus derechos de seguridad social.⁵²¹ Todo ello se traduce en prestaciones sociales a nivel más débil, no como titulares, sino como beneficiarias, generando su dependencia económica con respecto del varón. Un ejemplo de ello es la pensión de jubilación, con doble presencia masculina respecto de las mujeres, reflejo de desigualdad de la vida activa de ambos sexos.

IV. LA DIRECTIVA 96/97/CE QUE MODIFICA A LA DIRECTIVA 86/378/CEE EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL

El Tribunal de Luxemburgo ha contribuido al avance progresivo de la aplicación del principio de igualdad entre hombres y mujeres en diversas materias. Una de ellas corresponde al ámbito de los regímenes profesionales de seguridad social. Así, el contenido normativo de la Directiva 96/97 refleja claramente la aplicación e interpretación que el Tribunal comunitario ha lleva-

⁵²⁰ López López, Julia, “Pensión de viudedad y dependencia económica: un análisis de las reformas desde el punto de vista del género”, en López López, Julia y Chacartegui Jávega, Consuelo (coords.), *Las últimas reformas (2004) y el futuro de la seguridad social*, Albacete, Bomarzo, 2005, pp. 103-124.

⁵²¹ López López, T. y Valiño Castro, A., “El trabajo asalariado como generador de derechos: maternidad, enfermedad, jubilación y desempleo. Diferencias entre hombres y mujeres”, en AA. VV., *¿Privilegios o eficiencias? Mujeres y hombres en los mercados de trabajo*, Alicante, Universidad de Alicante, 2003, pp. 309-403.

do a cabo en su copiosa jurisprudencia emitida en materia de regímenes profesionales. Por ello, surge la necesidad de modificar la Directiva 86/378, fundamentalmente en razón a lo establecido en el artículo 90., al otorgar la posibilidad a los Estados miembros respecto al aplazamiento de la aplicación obligatoria en tres materias:

- 1) La fijación de la edad de jubilación para el otorgamiento de pensiones de vejez y jubilación, y que sería aplazada hasta la fecha en que dicha igualdad se realice en los regímenes legales (para el caso de aquellos países miembros que contemplaran aun edades diferentes de acuerdo con el sexo), o bien hasta que una directiva imponga dicha igualdad.
- 2) Las pensiones de sobrevivientes, hasta que una directiva imponga la igualdad de trato en los regímenes legales de seguridad social.
- 3) Y por último, el recurso a cálculos actuariales diferentes en los regímenes de prestaciones definidas, y en cuyo supuesto la aplicación de la Directiva 86/378 se pospondría a un plazo de trece años contados a partir de su notificación.⁵²²

El punto crucial en esta materia lo estableció el órgano jurisdiccional comunitario en el asunto Barber, sentencia en la que resolvió que las pensiones de empresa o profesionales también se incluían dentro del concepto comunitario de retribución, declarando de esta manera la aplicación directa del artículo 119 del Tratado de Roma, hoy artículo 141 del Tratado de Ámsterdam.

Por consiguiente, el principio de igualdad establecido en la Directiva 86/378 se tornaba prácticamente limitado en cuanto a su aplicación en el tiempo, y además sólo se podría invocar respecto a su efecto vertical, esto es, los particulares frente a la

⁵²² López Cumbre, Lourdes, “Principio de igualdad de trato y regímenes profesionales. Las modificaciones introducidas por la Directiva 96/97/CE”, en Nogueira Guastavino, Magdalena *et al.*, “El principio de igualdad de trato en las directivas comunitarias en materia de seguridad social”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, núm. 12, 1998, pp. 148-164, especialmente, pp. 149-151.

administración, de ahí que el artículo 119 se invocase de forma directa y a efecto tanto horizontal como vertical, esto es, tanto frente a empresarios privados como públicos.

El efecto directo del artículo 119 supuso una mejor vía en términos financieros y económicos para los sistemas de pensiones de algunos países miembros, dado que daría al traste con los objetivos de la Directiva 86/378, relativos a su puesta en vigencia de manera progresiva o bien, incluso considerando un plazo de trece años desde su notificación. No obstante, de mayor trascendencia constituyó la amplitud y desarrollo normativos del principio de igualdad, a través de la igualdad retributiva, piedra angular de la expansión del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el ordenamiento jurídico comunitario.

Al respecto recordemos diversas sentencias en las que el Tribunal de Luxemburgo aclara que diferentes prestaciones sociales constituyen parte de la retribución.

Así, por ejemplo, la primera sentencia *Defrenne*,⁵²³ en la cual el órgano jurisdiccional comunitario considera que las pensiones de jubilación de un sistema de seguridad social directamente establecido por la ley no constituyen parte del concepto de retribución. Otro ejemplo es el asunto *Worringham*,⁵²⁴ en el cual el Tribunal comunitario declara que la cotización para la jubilación otorgada por los empresarios a un fondo de pensiones constituye parte de la retribución del trabajador. Por su parte, en la sentencia *Barber*,⁵²⁵ en lo que se refiere a los regímenes profesionales, el órgano jurisdiccional comunitario declara que las prestaciones realizadas en virtud de un régimen profesional de seguridad social financiado, ya sea mediante contribuciones de los empresarios, o bien con la participación de los trabajadores, sin participación estatal, son consideradas como retribución.

Hay que destacar que en cuanto a su ámbito subjetivo de aplicación, la Directiva 96/97 mantiene el sentido amplio es-

⁵²³ TJCE, sentencia del 2 de mayo de 1971, *Defrenne*, 80/70.

⁵²⁴ TJCE, sentencia del 11 de marzo de 1981, *Worringham*, 69/80.

⁵²⁵ TJCE, sentencia del 17 de mayo de 1990, *Barber*, 262/88.

tablecido en la Directiva 86/378, al disponer que se aplica a la población activa, incluidos los trabajadores autónomos, a excepción de algunas disposiciones, relativas a los trabajadores autónomos, quienes son excluidos de su ámbito de aplicación relacionados con sus contratos individuales o con los regímenes de un solo miembro, los trabajadores cuya actividad se ve interrumpida por enfermedad, maternidad, accidente o paro involuntario, a las personas que busquen empleo, a los jubilados y a los inválidos, así como también a sus derechohabientes, de acuerdo con la legislación nacional, conforme a lo establecido en su artículo 3o.

En lo concerniente a las cotizaciones, el artículo 6o., inciso i de la Directiva 86/378, en su versión referente al acervo comunitario adoptada en la normativa comunitaria 96/97, dispone que constituyen discriminación por razón de sexo, el establecimiento de diferentes niveles de cotizaciones de los trabajadores, ya que como ha quedado sentado en la jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo, concretamente en la sentencia Coloroll,⁵²⁶ también las cotizaciones tienen naturaleza retributiva, y por tanto forman parte integrante del concepto comunitario de retribución. Sin embargo, en el mismo precepto se expresa que será justificado el establecimiento de diferentes niveles de prestaciones, en los supuestos en que de los cálculos actuariales resulten diferencias por razón de sexo en regímenes de cotización definida.

En el asunto Coloroll, el Tribunal de Justicia declara que las cotizaciones constituyen elementos salariales y como tales deben ser estimados como parte de la retribución. Así mismo afirma que no resulta justificativo el establecimiento de cotizaciones de diferente cuantía por razón de sexo, siendo extensiva tal interpretación a aquellas contribuciones de los trabajadores, destinadas a un régimen de prestación definida, apreciando la promesa del empresario como prestación final, así como también aquellas que se destinan a un régimen de cotización definida, compartiendo

⁵²⁶ TJCE sentencia del 28 de septiembre de 1994, *Coloroll Pension Trustees, C-200/91*.

ambos regímenes naturaleza retributiva, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 119 del Tratado CE.

Por el contrario, opera para las cotizaciones de los empresarios, en los que se justificarán diferentes niveles de cotización en dos supuestos, ya sea que las contribuciones se destinen a conformar un plan de aportación definida, o bien a un plan de prestación definida, ya que en el primero se justificarán las diferentes cantidades empresariales abonadas, cuyo objetivo consiste en igualar las cantidades de las prestaciones finales y así obtener una equidad entre ambos sexos; por lo que corresponde al segundo, se acepta un nivel diferente de cotización de acuerdo con el sexo, utilizando diversos cálculos actuariales que contemplen la mayor esperanza de vida de la mujer con respecto del hombre.⁵²⁷

Sin duda resulta criticable el parámetro de la expectativa de vida de la mujer, dado que también están delimitadas las expectativas de vida de los trabajadores masculinos, considerándose estadísticamente sólo un mínimo número de población femenina, correspondiente a la que se encuentra económicamente activa, por tanto, los cálculos actuariales no pueden basarse en estas dos cuestiones relativas.

A lo dicho habrá que añadir que la Directiva 96/97 reconoce los supuestos en los que se establecen diferentes edades de jubilación por razón de sexo, incluyéndose un artículo 9o., bis, al disponer que el hecho de que hombres y mujeres puedan exigir una edad de jubilación flexible según las mismas condiciones, no deberá considerarse incompatible con esta Directiva. Sin embargo, plantea el condicionamiento que dicha flexibilidad sea en condiciones iguales tanto para hombres como para mujeres.

Aunado a todo ello, debemos advertir que también contempla ciertos mecanismos para que de estas diferentes edades de jubilación no resulten tratamientos discriminatorios motivados por sexo. Uno de esos mecanismos se establece en el artículo 2o., párrafo 3, concerniente al establecimiento de complemento de

⁵²⁷ López Cumbre, Lourdes, *op. cit.*, p. 157.

pensión para igualar o aproximar la cuantía de las prestaciones de trabajadores de distinto sexo que se encuentren en situación laboral. De esta manera señala que:

La presente Directiva no se opone a que un empresario conceda a personas que ya hayan alcanzado la edad de la jubilación para la obtención de una pensión con arreglo a un régimen profesional, pero que aún no hubieren alcanzado la edad de la jubilación para la obtención de una pensión de jubilación legal, un complemento de pensión con objeto de igualar o acercarse al importe de las prestaciones globales en relación con las personas del sexo opuesto en la misma situación que hubieren ya alcanzado la edad de la jubilación legal, hasta que los beneficiarios del complemento alcancen la edad de jubilación legal.

Retomando lo señalado en líneas anteriores, un segundo instrumento correctivo de las posibles discriminaciones por razón de sexo corresponde a la dinámica de fijar diferentes niveles de cotización empresarial, dirigidos de igual manera a la aproximación del importe de las prestaciones otorgadas a trabajadores de distinto sexo en iguales condiciones laborales.