

## **DERECHO SEGURIDAD SOCIAL**

**BELÉN FERNÁNDEZ DOCAMPO**

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

**Palabras clave:** Seguridad Social; prestaciones, cotización.

**Palabras chave:** Seguridade Social; prestacións; cotizacións.

**Keywords:** Social Security; benefits; contributions.

### **DOCTRINA JURISPRUDENCIAL DEL TJUE**

**Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 24 de febrero de 2022, asunto C-389/20.**

**Resumen:** la normativa española de Seguridad Social que excluye expresamente al personal al servicio del hogar familiar, que son mayoritariamente mujeres, de las prestaciones por desempleo es contraria al Derecho de la Unión y conforma una discriminación indirecta por razón de sexo.

#### **Normas aplicadas:**

Art. 4.1 Directiva 79/7/CEE.

Art. 251, apartado d), LGSS.

Cualquier crónica de doctrina judicial en materia de Seguridad Social que comprenda resoluciones dictadas en los primeros meses del año 2022, no puede obviar un comentario

a la Sentencia dictada por la Sala Tercera del TJUE, el 24 de febrero de 2022, en el asunto C-389/20, que ha supuesto un nuevo varapalo al Sistema Español de Seguridad Social por su disconformidad con el Derecho europeo, en concreto, con la prohibición de discriminación por razón de sexo en el ámbito de la Seguridad Social. Y más aún, cuando las resoluciones que son objeto de comentario deban tener un origen gallego, como sucede con las que integran esta sección de la RGDS, aunque en este caso, no se trate de un órgano de instancia social, ni de una Sala de suplicación, si bien su repercusión, como es sabido, es plenamente laboral. La cuestión litigiosa tiene su origen en la jurisdicción contenciosa-administrativa, concretamente, en el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 2 de Vigo, en virtud de la demanda interpuesta por una empleada del hogar de la ciudad contra la TGSS en la que solicita cotizar por la contingencia de desempleo, con el fin de adquirir el derecho a la correspondiente prestación, lo que se acompaña del consentimiento escrito de su empleadora para la contribución a la cotización solicitada. Desde luego, no es la primera vez –ni, probablemente será la última– que el TJUE considera que la normativa española de Seguridad Social atenta contra la prohibición de discriminación por razón de sexo. Entre otras, pueden citarse la STJUE de 22 de noviembre de 2012, asunto C-385/11, Elbal Moreno y la STJUE de 9 de noviembre de 2017, asunto C-98/2015, Espadas Recio. En ambas resoluciones, el TJUE declaró que la normativa española de Seguridad Social era contraria al art. 4.1 de la Directiva 79/7/CEE, de 19 de diciembre, por incurrir en una discriminación indirecta por razón de sexo. En el primer caso, el asunto Elbal Moreno, en lo que se refiere al cómputo de los períodos de cotización para el acceso a prestaciones en el trabajo a tiempo parcial. Y, en el segundo, asunto Espadas Recio, en la determinación de la duración de la prestación de desempleo cuando los períodos de actividad previos lo habían sido a tiempo parcial. Al respecto, y sin pretensión de exhaustividad, ha de recordarse aquí que a los referidos fallos

–al igual que sucedió con otros– les siguieron las consiguientes reformas normativas y que dieron lugar a lo que se ha calificado como política legislativa reactiva. En fin, lo mismo ha acaecido en el asunto que ahora se comenta. Por un lado, el fallo de la STJUE de 24 de febrero de 2022 declara que el régimen de Seguridad Social del Sistema Especial para Empleados del Hogar, que excluye de su acción protectora las prestaciones por desempleo, es contrario al principio de igualdad de trato en materia de Seguridad Social previsto en el art. 4.1 de la Directiva 79/7/CEE, de 19 de diciembre. Y, por otro lado, a día de hoy, ya ha sido aprobada la correspondiente reforma normativa que tiene como objetivo la equiparación de las condiciones de trabajo y Seguridad Social de las personas trabajadoras del hogar familiar al resto de personas trabajadoras por cuenta ajena, descartando las diferencias que no respondan a razones justificadas y que además sitúan al referido colectivo –el 95,53% mujeres– en una situación de desventaja particular y que por tanto pueden resultar discriminatorias. Se trata, del RD-Ley 16/2022, de 6 de septiembre, que, entre otras mejoras incluye para este colectivo la protección por desempleo. Sobre el conflicto de partida que da origen al presente pronunciamiento judicial y como antes se puso de manifiesto, había sido la solicitud a la TGSS por parte de una trabajadora del hogar de cotizar por la contingencia de desempleo con el fin de adquirir el derecho a esta clase de prestaciones. La referida trabajadora llevaba prestando sus servicios para la misma empleadora, persona física, desde el año 2011 y cursó la solicitud en el mes de noviembre de 2019 a la que acompañó el consentimiento escrito de su empleadora para la contribución a la cotización solicitada. Ante la falta de sustento legal de la petición, toda vez que la prestación de desempleo estaba expresamente excluida de la acción protectora del Sistema Especial de Empleados del Hogar por el art. 251, letra d) LGSS, la Administración de la Seguridad Social desestimó la solicitud, lo que llevó al letrado de la empleada a interponer el correspondiente recurso

contencioso-administrativo ante el juzgado competente alegando, en esencia, que la referida letra d) del art. 251 LGSS suponía “una discriminación indirecta en materia de Seguridad Social para con los empleados del hogar del sexo femenino, que constituyen la práctica totalidad de este colectivo”. Por un lado, porque la “situación de los empleados del hogar que han perdido su empleo no está asimilada a la de los trabajadores en situación de alta en la Seguridad Social”. Pero, además, porque la “exclusión de la protección contra el desempleo implica asimismo la imposibilidad para dichos empleadores de acceder a cualquier otra prestación o subsidio supeditados a la extinción del derecho a las prestaciones por desempleo”.

Así, correctamente planteado el recurso contencioso-administrativo por parte del letrado de la actora, fueron varias las dudas que se le plantearon al órgano jurisdiccional remitente acerca de la compatibilidad de la normativa española de Seguridad Social con el Derecho de la Unión. En primer lugar, con el tan reiterado art. 4.1 de la Directiva 79/7/CEE, de 19 de diciembre. Pero, también, con los arts. 5, letra b) y 9, apartado 1, letras a) y k) de la Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio. En un primer momento, el TJUE admite sendas cuestiones, sin embargo, no tarda en considerar que la segunda no resulta aplicable al litigio principal, toda vez que la Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio, se refiere a los asuntos de empleo y ocupación por lo que no puede ser aplicable a los regímenes de la Seguridad Social, tal y como se encargó de precisar el TJUE en su Sentencia de 12 diciembre de 2019, asunto C-450/18, WA contra Instituto Nacional de la Seguridad Social.

Aunque en la mayoría de las sentencias dictadas por el TJUE las conclusiones de los abogados generales son decisivas para determinar el sentido de fallo, en la que ahora se comenta con más razón, si cabe. Como se ha puesto ya de manifiesto por la doctrina, en las alegaciones del Abogado Spuznar sobresale la “rotundidad de la respuesta prolija de contraargumentos de las apreciaciones del Estado español y

la vehemencia de la propuesta al Tribunal de Justicia en orden a considerar que el art. 4 de la Directiva 79/CEE se opondría a una disposición nacional que excluyera de las prestaciones de desempleo a las personas empleadas del hogar". Pero, también, porque, "al aplicar el patrón argumentativo en torno a la existencia de discriminación indirecta, el abogado general sale del mero formalismo (...) y analiza el contexto normativo más allá de una lectura positivista del sistema, con recurso a realidades sociológicas (atribución de roles de género, (infra)valor social del trabajo de cuidados, características – de precariedad– del mercado de trabajo español en general), como contexto más amplio del sector de servicios en el hogar". Las conclusiones terminan con una "visión crítica de la política legislativa española" en cuanto no ha tenido a bien atender a ciertas recomendaciones internacionales e internas tendentes a equiparar el sistema de protección social de los empleados domésticos a las aplicables al resto de los trabajadores en general. Así ha sucedido durante muchos años con lo previsto en el art. 14 del Convenio núm. 189 OIT, de 1 de junio de 2011. No en vano, su procedimiento de ratificación ha sido en parte acelerado por la postura del Abogado general de la UE y por la Sentencia ahora comentada.

Haciendo suyas las argumentaciones del Abogado general, el TJUE admite la discriminación –indirecta– y declara que "el artículo 4, apartado 1, de la Directiva 79/7/CEE del Consejo, 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, debe interpretarse en el sentido de que se opone a una disposición nacional que excluye las prestaciones por desempleo de las prestaciones de seguridad social concedidas a los empleados de hogar por un régimen legal de seguridad social, en la medida en que dicha disposición sitúe a las trabajadoras en desventaja particular con respecto a los trabajadores y no esté justificada por factores objetivos y ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo".

Como no podía ser de otra manera, el hecho de tratarse de una discriminación indirecta exige que la diferencia de trato objeto de impugnación –en este caso, la contenida en la normativa española de Seguridad Social, en el art. 251 d) LGSS–, “no pueda justificarse objetivamente con una finalidad legítima” y que “los medios para alcanzar dicha finalidad sean adecuados y necesario”. Así se exige expresamente en las distintas definiciones de discriminación indirecta contenidas en las respectivas directivas de igualdad y no discriminación. A saber, la Directiva 2000/43/CE, de 29 de junio, la Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre, y la Directiva 2006/54/CE, de 5 julio. Y esto es a lo que parece referirse el TJUE cuando en el contenido de su fallo dispone que la desventaja particular en la que la normativa española de Seguridad Social sitúa al colectivo de empleadas del hogar frente al colectivo de trabajadores en general “no esté justificada por factores objetivos y ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo”. EL TJUE llega a tal conclusión tras desestimar las alegaciones vertidas por el Gobierno de España y por la TGSS a tal fin. En síntesis, uno y otra alegan que la exclusión de la protección contra el desempleo del colectivo de empleados del hogar está ligada, de entrada, a las peculiaridades del sector, en particular, la condición de los empleadores –cabeza de familia sin ánimo mercantil– y el lugar de trabajo –domicilio inviolable, también respecto de la actividad inspectora–. Pero, también, al cumplimiento de ciertos objetivos de política de empleo, en concreto, de mantenimiento de las tasas de empleo y el fomento de la contratación y de lucha contra el trabajo ilegal y el fraude a la Seguridad Social.

El TJUE considera que, desde el punto de vista de la política social, los objetivos mencionados son legítimos y, además, constituyen objetivos generales de la Unión, como se desprende del art. 3.3 TUE y del art. 9 TFUE. Así lo había reconocido, también el propio TJUE, en resoluciones anteriores, entre ellas, por tratarse de un caso con origen español, la Sentencia de 16 de octubre de 2007, asunto C-

411/05, Palacios de la Villa. Admitida la legitimidad de la finalidad de la norma, la diferencia de trato que afecta claramente a más mujeres que hombres, en este caso, en el acceso al régimen del seguro de desempleo está justificada. Ahora bien, no se comparte, que, en estas mismas circunstancias, procede considerar que los objetivos perseguidos por el artículo 251, letra d), de la LGSS, al tratarse de objetivos legítimos de política social "pueden justificar la discriminación indirecta por razón de sexo que supone esta disposición nacional". Siguiendo a la doctrina más autorizada en la materia (LOUSADA AROCHENA, F.J., CABEZA PEREIRO, J. y NÚÑEZ CORTÉS CONTRERAS, P.), el que la discriminación indirecta admita justificación no significa que admita excepciones. Lo que se puede justificar es el impacto adverso o la desventaja particular. Y que ello sea así, no significa que se esté justificando una discriminación indirecta - como se afirma por el TJUE-, sino que, aunque haya impacto adverso o desventaja particular, no existe la discriminación. A su vez, -y esto es significativo- esto supone rechazar la existencia de una diferencia sustancial, en términos de radical oposición, entre la discriminación directa y la indirecta.

Ahora bien, frente a la legitimidad de los objetivos se opone la "adecuación" de la disposición interna para alcanzarlos, toda vez que no se aplica de forma "coherente y sistemática" respecto de otros colectivos del Régimen General de la Seguridad Social, que no quedan incluidos en la referida exclusión. Se trata, en concreto, afirma el TJUE, de otros colectivos de trabajadores, cuya relación laboral se desarrolla a domicilio para empleadores no profesionales, o cuyo sector laboral presenta las mismas peculiaridades en cuanto a índice de empleo, a cualificación y a remuneración que el de los empleados de hogar, plantean riesgos análogos en términos de reducción de las tasas de empleo, de fraude a la seguridad social y de recurso al trabajo ilegal, pero, sin embargo, están todos ellos cubiertos por la protección contra el desempleo. El riesgo de fraude a la Seguridad Social también aparece en

las prestaciones derivadas de otros riesgos que sí incluye el SEEH. Por último, para lograr los objetivos mencionados, la medida va más allá de lo necesario pues produce efectos colaterales en otras prestaciones, lo que se traduce en una situación de desamparo social. Además, es ciertamente incoherente que la inclusión en el SEEH reconozca derecho a todas las prestaciones de Seguridad Social incluidas en el Régimen General, de lo que se desprende que el colectivo está sometido a los mismos riesgos que el resto de trabajadores, y, sin embargo, se le excluya del desempleo.

A raíz de todos estos argumentos, aquí sintéticamente glosados, el TJUE concluye que la normativa española que excluye de la prestación por desempleo a los empleados del hogar, que son casi exclusivamente mujeres, es contraria del Derecho de la Unión y constituye una discriminación indirecta por razón de sexo.

Devueltas las actuaciones al Juzgado de lo Contencioso-administrativo de Vigo que había planteado la cuestión prejudicial, llegaba el momento de dictar una resolución y con ello resolver la petición de la empleada del hogar, la actora, de acuerdo con el fallo de la Sentencia europea, y ello, porque como el propio Juzgado pone de manifiesto en su Sentencia de 17 de marzo de 2022 “la interpretación y la declaración de invalidez contenida en una sentencia prejudicial es vinculante para el juez a quo así como, más en general, para cualquier juez que conozca de un caso análogo en el que se plantee la aplicación de la norma comunitaria interpretada o cuya invalidez haya sido declarada”. En definitiva, “la Sentencia dictada por el Tribunal de Justicia ha de ser necesariamente integrada y tenida en cuenta en el presente procedimiento”. Ahora bien, y esta es una cuestión a la que no se ha hecho referencia en las crónicas sobre la Sentencia del TJUE y que es, una vez acogida internamente la demanda, la determinación de la efectividad temporal del pronunciamiento declarativo del derecho y del condenatorio. Téngase en cuenta que la petición actora –su derecho a cotizar– tenía una proyección retroactiva, al momento de la



solicitud administrativa, que había sido en el mes de noviembre de 2019. Sin embargo, el Juez de lo contencioso-administrativo sólo va a reconocer el derecho a cotizar –y con razón- desde el momento mismo de su Sentencia, marzo de 2022. Y se dice con razón, porque no se trata de un efecto retroactivo al uso, de una prestación ya existente, que se deniega administrativamente y se estima después en vía judicial. De lo que se trata en el caso enjuiciado es de la declaración judicial de un derecho *ex novo* –derecho a la protección por desempleo y por lo tanto a cotizar por ello-, por lo que no es dable una eficacia de la misma *ex tunc* sino *ex nunc*. Es decir, por mucho que la empleadora de la trabajadora del hogar quisiera ingresar las cotizaciones por desempleo de su trabajadora del hogar, incluso, por mucho que la Administración de la Seguridad Social quisiera admitir dichas cotizaciones, hacía falta una normativa que amparase esta operación. El problema lo resuelve, con un acertado criterio jurídico, el Juez de lo contencioso administrativo de Vigo: “aunque la obligación de cotización a la Seguridad social y el correlativo ámbito de la acción protectora, también respecto de la contingencia de desempleo, cuentan ya con el desarrollo legislativo que las articula, es claro que existe un vacío normativo respecto de situaciones como la enjuiciada y será preciso que el legislador lo aborde considerando las peculiaridades del régimen especial”. En fin, “sin perjuicio de que el reconocimiento del derecho-deber de cotizar por esta contingencia se produzca desde el momento mismo de esta sentencia, tendrá plena efectividad cuando la Ley lo desarrolle, disciplinando su contenido, sin que esta circunstancia suponga que la efectividad de este pronunciamiento sea meramente programática, ya que la estimación de la demanda supone el acogimiento de una pretensión condenatoria de la TGSS, por tanto, susceptible de ejecución forzosa en caso de que no se produzca su cumplimiento voluntario”.

Como es conocido por todos, el último paso de esta valiente y fundada apuesta del letrado de una empleada del hogar

viguesa, ha sido la aprobación del Real Decreto-ley 16/2022, de 6 de septiembre, para la mejora de las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas trabajadoras al servicio del hogar.

### **DOCTRINA JURISPRUDENCIAL DEL TS**

#### **Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) de 9 de febrero de 2022 (recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 4823/2019).**

**RESUMEN:** en el caso de concurrencia de beneficiarias, procede el reconocimiento íntegro de la pensión de viudedad a la cónyuge superviviente cuando la primera esposa del causante fallece con posterioridad a haber fallecido este. La ausencia de regulación legal de este supuesto concreto ha de suplirse con criterios sistemáticos -a partir del hecho causante, se genera una pensión completa que debe repartirse entre sus beneficiarios, en este caso, beneficiarias, de acuerdo con el criterio de proporcionalidad convivencial- y teleológicos -el derecho pleno del cónyuge supérstite, en atención a la finalidad tuitiva de la norma-. Es decir, el criterio de proporcionalidad convivencial implica que la bajada o subida de la pensión percibida por cada una de las beneficiarias repercute en la cuantía que percibe la otra. Mientras que la finalidad tuitiva de la norma solo permite que el derecho del cónyuge supérstite únicamente se vea afectado económicamente cuando exista concurrencia de beneficiarias.

### **NORMAS APLICADAS:**

Arts. 219 y 220 LGSS.

Arts. 218 ss LJS.

Interesante es la cuestión resuelta en la STS (Social) de 9 de febrero de 2022 (recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 4823/2019) en la que en un supuesto de concurrencia de beneficiarias de una pensión de viudedad hay que decidir si fallecida una de ellas, la ex cónyuge divorciada, la cónyuge supérstite tiene derecho a percibir la totalidad de

la pensión generada por el causante. Sobre esta misma problemática, tal y como se pone de manifiesto en los presentes autos, solo se puede dar cuenta de una sentencia de casación, que resuelve un supuesto similar estimando la petición de la viuda. Se trata de la STS de 9 de junio de 2021 (recurso de casación para la unificación de doctrina núm. 3901/2018).

En la que ahora se comenta, la de febrero de 2022, cuya resolución reitera los argumentos de la de junio de 2021, los hechos litigiosos se sucedieron de la siguiente manera: la demandante –doña Sofía–, nacida en el año 1972, venía percibiendo una pensión de viudedad, por fallecimiento de su esposo, reconocida con efectos de 1 de abril de 2014, en cuantía resultante de aplicar el porcentaje del 52% sobre una base reguladora de 516,28 euros. Ahora bien, al existir una cónyuge histórica, se le aplicó una prorrata de convivencia del 40%, pues la que le correspondía a la primera esposa ascendía al 60%. Nadie discutió esos porcentajes. Con efectos de 1 de noviembre de 2015 se extinguió la pensión que tenía reconocida la ex cónyuge divorciada por su fallecimiento.

Tras ese hecho, la cónyuge supérstite solicitaba al INSS que se incrementase la cuantía de su pensión de viudedad, abonando la cantidad íntegra, con el complemento a mínimos que legalmente correspondiese. Desestimada administrativamente su petición, la afectada inició la correspondiente vía judicial. Al respecto, es importante señalar que, tanto en la instancia como en suplicación, el concepto jurídico esgrimido por ambas partes, cada una en función de sus intereses, fue el derecho al acrecimiento. En la instancia –Juzgado de lo Social de Santiago de Compostela–, la actora solicitaba el “derecho al acrecimiento de la pensión de viudedad a resultas del fallecimiento de la otra beneficiaria (año 2015), ex cónyuge por divorcio del sujeto causante, con quien venía disfrutando la pensión en régimen de concurrencia desde el año 2014”. En el recurso de suplicación interpuesto por el INSS, para justificar que “el

fallecimiento de uno de los ex cónyuges supérstite, supone la pérdida o extinción de su derecho, sin que los otros ex cónyuges históricos tengan derecho al acrecimiento de ese devengo que se extingue". Sin entrar a analizar el erróneo planteamiento del INSS, toda vez que confunde cónyuge supérstite con cónyuge histórico, vaya por delante que el TS, tanto en la presente litis como en la que dio lugar a la Sentencia de junio de 2021, no reconoce que en casos como el que se discute se pueda hablar de acrecimiento de una pensión "por más que así lo hayan denominado a lo largo del procedimiento las partes contendientes y ello sea admisible por lo gráfico que resulta". Sobre esta cuestión, se volverá con posterioridad.

En fin, la petición de la actora en la presente litis fue estimada por el Juzgado de lo Social de Santiago de Compostela, pero no sucedió lo mismo en la Sala autonómica, que estimó el recurso del INSS y de ahí la interposición del recurso de casación para la unificación de doctrina. La STSJ de Galicia había sido dictada el 18 de octubre de 2019 (recurso de suplicación núm. 3122/2019). Pero fue durante el período temporal transcurrido desde la interposición del recurso de casación hasta el momento de dictar sentencia, cuando el TS resuelve, por primera vez, en la Sentencia antes citada, la de 9 de junio de 2021, sobre un caso idéntico. La ausencia de una sentencia de casación que unificase doctrina obligó a la recurrente en los presentes autos –doña Sofía- a aportar con su escrito de interposición del recurso la correspondiente sentencia de contraste, que fue la del TSJ de la Comunidad de Madrid, de 14 de marzo de 2016 (recurso de suplicación núm. 664/2015).

Tras argumentar jurídicamente su fallo, el TS, en su Sentencia de 9 de junio de 2021, estima el recurso de la beneficiaria de la pensión y concluye que "en el supuesto de concurrencia de personas beneficiarias, al importe de pensión de viudedad que le corresponde al cónyuge supérstite (en proporción al tiempo de convivencia con el causante) se le debe añadir la porción de pensión que (en razón de ese

mismo parámetro) ha venido percibiendo el ex cónyuge a partir del momento en que se extingue este derecho”.

Como era previsible, también el TS, en la sentencia de 9 de febrero que ahora se comenta, estima el recurso de la interesada. Pero es que, además, lo hace con idénticos argumentos que la dictada hace unos meses. Y se dice idénticos, porque en muchos párrafos los contenidos de una y otra resolución coinciden literalmente.

El punto de partida, la ausencia de disposiciones normativas que resuelvan la cuestión suscitada, de ahí que haya que acudir a distintos argumentos hermenéuticos, en concreto, al elemento teleológico, a la interpretación sistemática y al contexto social en el que las normas han de ser aplicadas. En definitiva, de todos estos argumentos, la Sala de lo Social del TS extrae dos premisas fundamentales y que han sido decisivas para casar y anular la Sentencia de suplicación de la Sala de lo Social del TSJ de Galicia. Por un lado, el carácter único de la pensión de viudedad. Y, por otro, el derecho originario e íntegro de la viuda a la pensión de viudedad. Así, en los fundamentos jurídicos de la resolución que se comenta se vierten las siguientes afirmaciones: “la persona viuda es titular de una pensión íntegra y solo en la medida en que concurra otra beneficiaria le será minorada su cuantía”. A partir del hecho causante de la pensión de viudedad –el fallecimiento– se genera, por lo tanto, “una pensión completa” que, de concurrir varios beneficiarios, procede su “reparto de acuerdo con el criterio de proporcionalidad convivencial”. Así las cosas y sin perjuicio de los mínimos y máximos establecidos posteriormente (40%, importe de la compensatoria), continúa señalando el TS que “opera una especie de vasos comunicantes porque la bajada o subida de la pensión percibida por cada uno de los beneficiarios repercute en el otro”. Por otra parte, “tras extinguirse el derecho a percibir pensión de viudedad por parte de la primera esposa del causante, recupera toda su amplitud el derecho originario e íntegro de la viuda. De este modo, no se trata de realizar un nuevo cálculo, ni de revisar los

porcentajes de pensión que deba abonar el INSS ni, mucho menos, de aplicar normas sobrevenidas al hecho causante, sino de que cese el descuento o reparto que ha tenido sentido solo en tanto existía concurrencia de personas beneficiarias". En puridad, y aunque así se haya denominado a lo largo del procedimiento, no se trata de un "acrecimiento de la pensión", como sucede con la concurrencia de viudedad y orfandad, sino que lo que sucede es que "desaparece el motivo por el que la pensión no se percibía de manera íntegra por la cónyuge viuda". "Cuando hay un verdadero acrecimiento, el derecho de quien se beneficia del mismo resulta incrementado respecto de lo que originariamente le corresponde. Por el contrario, en nuestro supuesto lo que sucede es que se reestablece el derecho en su dimensión originaria. Ni hay nuevo hecho causante, ni se recalcula la pensión, ni se puede buscar un punto de conexión normativo diverso. La Entidad Gestora va a seguir abonando la misma pensión, cuyo carácter único venimos proclamando de manera continuada".

Con base en los argumentos anteriores, que nada tienen que objetar, el TS no comparte el argumento en sentido contrario, "conforme al cual si la LGSS establece el acrecimiento para determinados supuestos de orfandad y no lo hace para la viudedad es que se ha querido descartar".

Ahora bien, esta argumentación presenta una fisura que convendría solucionar: si la persona que fallece con posterioridad al causante es la cónyuge supérstite y la que sobrevive es la cónyuge histórica, podría ocurrir que esta última dejase de cobrar su viudedad en el porcentaje que le correspondiese. Y ello porque como indica el TS, el derecho originario e íntegro a la pensión de viudedad lo ostenta la cónyuge supérstite y solo en la medida en que concurra otra beneficiaria le será minorada su cuantía. En fin, que desaparecida la persona titular de la pensión de viudedad, a partir de la cual se calcula la cuantía que le corresponde a la histórica, el derecho de esta última encuentra difícil justificación.

**DOCTRINA JUDICIAL DEL TSJ de GALICIA****Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sala de lo Social) de 28 de enero de 2022 (recurso de suplicación núm. 4953/2021).**

**RESUMEN:** en el supuesto de nacimiento biológico de un menor en una familia monoparental, las semanas adicionales de prestación que hubieran correspondido al otro progenitor –en este supuesto inexistente– habrán de ser disfrutadas por la madre biológica. Lo contrario, supondría una discriminación por motivos familiares. Además, podría suponer una flagrante discriminación indirecta por razón de género.

**NORMAS APLICADAS:**

Arts. 177 ss LGSS.

Art. 48.4 y disp. trans. 13ª ET.

El tópico de la igualdad y prohibición de discriminación vuelve a estar en la base de las argumentaciones jurídicas de la Sentencia de suplicación dictada por la Sala de lo Social del TSJ de Galicia el 28 de enero de 2022 (recurso de suplicación núm. 4953/2021) y que ahora se comenta.

La controversia la inicia una madre trabajadora, cuando, tras dar a luz a un menor y reconocérsele la correspondiente prestación por nacimiento y cuidado de hijo, se le deniega por el INSS y TGSS la que por el mismo concepto –nacimiento y cuidado de hijo– correspondería teóricamente al otro progenitor. Se dice teóricamente porque la trabajadora y su bebé conforman en este caso lo que se conoce como familia monoparental.

Frente a tal negativa, la trabajadora interpone la correspondiente demanda en vía judicial que en la instancia se estima íntegramente, aunque después, en vía de recurso de suplicación, la estimación es parcial, pues no se le reconocen todas las semanas inicialmente solicitadas.

Hay que tener en cuenta que en el momento en el que tuvo lugar el nacimiento del menor, septiembre de 2020, la

duración de la prestación que correspondería a sus progenitores por su nacimiento y cuidados era la siguiente: para la madre biológica, 16 semanas, de las cuales eran obligatorias las 6 semanas ininterrumpidas tras el parto. El otro progenitor contaba con un período de suspensión de 12 semanas, de las cuales las 4 primeras también debería disfrutarlas de forma ininterrumpida inmediatamente tras el parto. La distribución y disfrute de las semanas posteriores a las obligatorias, por parte de cualquiera de los progenitores, se haría a su voluntad, en períodos semanales, de forma acumulada o interrumpida desde la finalización de la suspensión obligatoria posterior al parto hasta que el menor cumpliera los 12 meses. En el año 2020, al no estar todavía equiparada para los dos progenitores la duración de este permiso, la madre biológica podría ceder al otro progenitor un período de hasta 2 semanas de su período de suspensión de disfrute no obligatorio. En la actualidad, tras la finalización del período transitorio fijado por el RD-Ley 6/2019, de 1 de marzo, la duración de la prestación por nacimiento y cuidado de menor, tanto de la madre biológica como del otro progenitor, ya está equiparada, pudiendo, cada uno de ellos, disfrutar de 16 semanas de permiso y de la correspondiente prestación de la Seguridad Social, sin posibilidad de cesión alguna.

En base a aquella normativa, la vigente en el año 2020, la actora solicita su derecho a disfrutar de 12 semanas adicionales de suspensión contractual y prestación por nacimiento y cuidado de hijo, que habrán de acumularse a las 16 que inicialmente le fueron concedidas como madre biológica del menor, al no existir progenitor masculino.

La Sentencia de instancia por la que se estima íntegramente su petición fue recurrida en suplicación por la Administración de la Seguridad Social alegando infracción de la normativa vigente, en concreto, de los art. 177 y 178 LGSS en relación con el art. 48.4 ET. Para el INSS y TGSS, el debate no admite ninguna discusión: la prestación por nacimiento y cuidado de un menor es de carácter "individual" y se "adquiere en base



a unas condiciones de alta y cotización previas al hecho causante que únicamente puede transferirse en supuestos de fallecimiento o decisión del titular, titular que en este caso no existe”.

El carácter individual de la prestación no es negado por la Sala de lo Social del TSJ de Galicia, sin embargo, reconoce que su aplicación vulnera, en casos como el enjuiciado, el principio de igualdad y no discriminación por razones familiares. Incluso, podría suponer una flagrante discriminación indirecta por razón de género, carente de una justificación objetiva y razonable.

En lo que se refiere a la discriminación por razones familiares, la Sala de lo Social del TSJ de Galicia la justifica en los siguientes motivos: el primero, en la protección del menor, pues, dependiendo de la clase de familia en la que nazca, podría encontrarse con cierta desprotección social, ya que, si cuenta con dos progenitores, estos podrían dedicarse a su cuidado varias semanas más que las que le correspondería si se trata de una familia monoparental (F.J. SEGUNDO, párrafo primero). El segundo, porque la negativa a acumular las semanas adicionales de suspensión que corresponderían al otro progenitor, en este caso, inexistente, supone para la madre un menoscabo para la efectiva conciliación de su vida personal y familiar. De ahí la necesidad de adaptar la realidad legislativa a la realidad social del momento (F.J. TERCERO, párrafo segundo). Sobre la relación existente entre la posible discriminación por razones familiares y la conciliación de la vida familiar y laboral, la resolución comentada trae a colación la importante STC 26/2011, de 14 de marzo, en la que se dio entrada a esta clase de discriminación a raíz de la reclamación por parte de un varón del ejercicio de derechos de conciliación.

En definitiva, con unos argumentos que presenta muy claros, la Sala de Galicia, siguiendo, además, la STSJ del País Vasco de 6 de octubre de 2020 (recurso de suplicación núm. 941/2020) concluye que sí se admite, cuando proceda, un trato dispar a las formas de unidad de las parejas, pero, y

esto es lo fundamental, "no puede inferirse un trato desigual a las familias que integran el hecho de la maternidad, acogimiento, adopción o guarda, pues la opción por el hogar monoparental no delimita un vínculo diferente de filiación determinante del cuidado y atención del menor, y sus propios derechos. Por tanto, es posible suscitar una quiebra del principio de igualdad del art. 14 CE" (F. J. TERCERO, último párrafo).

Eso sí, lo que no admite la Sala gallega, y con razón, es la acumulación de las 12 semanas que corresponderían al otro progenitor a las 16 de la madre biológica, sino, tan solo, las 8 semanas posteriores a las 4 de suspensión obligatorias tras el nacimiento del menor. Y ello toda vez que "al superponerse necesariamente las 6 semanas de descanso obligatorio para la madre biológica tras el parto con las 4 semanas de descanso para el otro progenitor también inmediatamente posteriores al nacimiento, dichas 4 semanas no pueden en ningún caso trasladarse a un momento de disfrute posterior al concreto momento temporal señalado en dicho precepto". Además, tanto las 6 como las 4 posteriores al nacimiento, tienen por finalidad el "cuidado del menor inmediatamente posterior al parto". En definitiva, la familia monoparental tendrá derecho "a las ocho semanas restantes de permiso de nacimiento y cuidado del menor, por ser éstas las que, verdaderamente, no han disfrutado ni la demandante ni el menor por el hecho de ser familia monoparental". Lo contrario, vendría a suponer un nuevo supuesto de discriminación (F. J. CUARTO).

**Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia (Sala de lo Social) de 31 de enero de 2022 (recurso de suplicación núm. 4953/2021).**

**RESUMEN:** no procede el reconocimiento de una situación de riesgo durante el embarazo, sino una suspensión contractual por IT derivada de contingencias comunes, toda vez que el problema de salud que manifiesta la actora – enfermera en centro de salud- no procede del riesgo de su

actividad laboral, sino de su propio embarazo desde el inicio: embarazo *in vitro* gemelar, con diversos abortos previos. Por otro lado, no se aprecia discriminación con otras trabajadoras, por ausencia del término comparativo idóneo, al tratarse de diferentes grupos profesionales y/o de distintas actividades sanitarias.

### **NORMAS APLICADAS:**

Art. 45.1 e) ET.

Arts. 186 y 187 LGSS.

Art. 26 LPRL.

RD 295/2009, de 6 de marzo.

En la presente Sentencia de suplicación, el TSJ de Galicia desestima el recurso interpuesto por la actora –trabajadora embarazada- y confirma la resolución de instancia en la que se le deniega el reconocimiento de la prestación por riesgo durante el embarazo por cuanto que la situación fáctica susceptible de protección es generadora de una incapacidad temporal por contingencias comunes.

Para llegar a tal conclusión, la Sala de lo Social del TSJ de Galicia sigue la doctrina admitida en estas situaciones y que distingue y separa la situación de *riesgo durante el embarazo* de la situación de *embarazo de riesgo*.

En lo que se refiere al riesgo durante el embarazo, la Sala parte del contenido del art. 26 LPRL en el que se evidencia que se trata de una situación directamente relacionada con la actividad laboral desempeñada por la trabajadora embarazada y las condiciones de su puesto de trabajo. En la medida en que dicha actividad o sus condiciones puedan influir negativamente en su salud o en la del feto, la empresa está obligada a adoptar una serie de medidas preventivas para evitar la exposición al riesgo, que podrán concluir, cuando proceda, en una suspensión contractual por riesgo durante el embarazo contemplada en el art. 45.1 e) del ET y protegida por la Seguridad Social a través de la prestación

del mismo nombre regulada en los arts. 186 y 187. La identificación de los riesgos presentes en la actividad laboral o en cualquiera de sus condiciones y que puedan afectar a la salud de la trabajadora embarazada o del feto corresponde al empresario a través del cumplimiento de su deber de evaluación (art. 16 LPRL).

Para demostrar la necesaria vinculación que ha de existir entre la actividad laboral y la situación de embarazo, la Sala gallega, en sus argumentaciones jurídicas, se centra el procedimiento reglamentario aprobado para el reconocimiento del derecho –RD 295/2009, de 6 de marzo– en el que se aprecia de forma palpable la relación de causalidad existente entre el trabajo y el riesgo para la seguridad y salud de la embarazada o del feto, pues es la propia interesada la que ha de solicitar el reconocimiento de esta situación –el riesgo durante el embarazo– tras acreditar su embarazo y tras certificar la empresa la actividad desarrollada y las condiciones de su puesto de trabajo. Tal solicitud la evacuará ante la entidad gestora o colaboradora que resolverá en consecuencia. Solo en el caso en que, a partir de la referida certificación empresarial, la entidad gestora o colaboradora reconozca la situación de riesgo, corresponde a la empresa adoptar las medidas enumeradas en el art. 26 LRPL, que podrán terminar, si no existe otro puesto de trabajo compatible con el estado de salud de la trabajadora embarazada, con la declaración empresarial de suspensión del contrato por riesgo durante el embarazo. Con esta declaración, la trabajadora solicitará ante el organismo competente –INSS o Mutua– el reconocimiento del subsidio correspondiente.

Sin embargo, el descrito no fue el procedimiento seguido por la actora, recurrente en suplicación en los presentes autos, de ahí, entre otros motivos, la desestimación de su recurso. Según consta en los fundamentos de la Sentencia de la Sala de lo Social, su solicitud, la del reconocimiento de la situación de riesgo durante el embarazo, fue evacuada el 30 de octubre de 2020. Si bien, con anterioridad, ya se habían producido

por parte de la trabajadora embarazada varias visitas a su médico de atención primaria y que habían concluido con su baja –suspensión del contrato– por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes. En concreto, las siguientes: 19 de octubre de 2020, en el que se indica “la fecha previsible de parto y que el embazo es múltiple de riesgo” y el 26/10/2020 se le expide la baja por “ansiedad”. Consta en los autos que la trabajadora había sufrido con anterioridad varios abortos “lo que hace fácilmente comprensible la ansiedad en la nueva situación”. No obstante tal itinerario, el día 22 de octubre de 2020 el empleador emite “informe de inexistencia de puesto compatible con la situación de la actora y el mismo día procede a la suspensión del contrato lo cual, como medida preventiva y de seguridad no presenta inconveniente, más de ello no puede concluirse la situación de riesgo por embarazo que todavía no le había sido siquiera solicitada” (F.J. SEGUNDO).

En otro orden de consideraciones, continúa declarando el TSJ de Galicia, se conoce como embarazo de riesgo aquel en el que “debido a ciertas condiciones de salud, se necesitan más cuidados y atención ya que tiene más posibilidades de tener complicaciones tanto para la madre como para el bebé”, situación que es generadora “por sí misma de incapacidad laboral por contingencias comunes”. Por lo tanto, y en esto insiste mucho el órgano enjuiciador, “tal situación es precedente al análisis de los riesgos que puedan concurrir en el trabajo”. Es más, mientras perdure tal situación, la de incapacidad temporal por embarazo de riesgo, no es posible reconocer la situación de riesgo durante el embarazo (F.J. SEGUNDO, apartado núm. 4). Para argumentar esta última afirmación, esto es, la imposibilidad de transitar de una incapacidad temporal a una situación de riesgo durante el embarazo, la sentencia alude al art. 37.1 RD 295/2009, de 6 de marzo, que así lo establece.

Con argumentos de *lege data* nada que oponer a la decisión del TSJ de Galicia con base en la diferencia entre una y otra situación de necesidad susceptible de protección económica:

el embarazo de riesgo, en cuanto situación clínica de la propia embarazada, en el que la mujer presenta algún problema médico que supone un riesgo para la madre y/o para el feto, que nada tiene que ver con el trabajo. Y el riesgo durante el embarazo, en el que la causa de la incompatibilidad se basa en las condiciones laborales, no en la propia gestación. En la presente litis, recuerda el TSJ de Galicia, "el riesgo es previo y ajeno a la actividad de la actora, siendo inherente a la situación personal de la demandante previa al propio embarazo y por las circunstancias concurrentes en el mismo" (F.J. TERCERO).

Ahora bien, desde la perspectiva de la prohibición de discriminación por razón de sexo, el argumento merece cierta reflexión, de ahí que esta sentencia se haya incluido entre las seleccionadas en esta ocasión. El elemento decisivo es la diferencia económica existente entre el subsidio por incapacidad temporal derivado de contingencias comunes (60 y 75 por 100 de la base reguladora) y el subsidio por riesgo durante el embarazo (100 por 100 de la base reguladora) y, por lo tanto, el perjuicio económico que para una trabajadora le supone su situación de embarazo. A esta realidad se oponen las normas internacionales, europeas e internas que protegen la maternidad desde la óptica de la igualdad. Al respecto, puede citarse la Declaración de la OIT, de 25 de junio de 1978, sobre igualdad de oportunidades y de trato para las trabajadoras, que conforma el primer texto en el que se prohíbe la discriminación contra las trabajadoras por razón de embarazo o de parto (art. 8). También, el Convenio OIT núm. 183, de 15 de junio de 2000, sobre protección de la maternidad, que, además de revisar las instituciones protectoras de la salud contenidas en su art. 103, en su art. 9 establece que "todo Miembro debe adoptar medidas apropiadas para garantizar que la maternidad no constituya una causa de discriminación en el empleo, con inclusión del acceso al empleo (...)". En este caso, no se puede acudir a la Directiva 2006/54/CE, de 5 de junio, porque al tratarse de una cuestión relativa a prestaciones de Seguridad Social, la

aplicable es la 79/7CEE, de 19 de diciembre, que aunque sí reconoce el principio de igualdad de trato en su art. 4, no contiene ninguna disposición específica sobre el embarazo o maternidad en el sentido que sí lo hace la 2006/54/CE en cuanto incluye en el concepto de discriminación todo "trato menos favorable a una mujer en relación con el embarazo o el permiso por maternidad en el sentido de la Directiva 92/85/CEE". Ahora bien, una disposición con este contenido se contiene en el ámbito interno, en concreto, en el art. 8 de la Ley Orgánica 3/2007, que establece que "constituye discriminación directa por razón de sexo todo trato desfavorable a las mujeres relacionado con el embarazo o la maternidad".

Llegados hasta aquí y siguiendo la doctrina más autorizada en la materia, hay que reconocer que, en la evolución de la ordenación de los derechos de maternidad de las mujeres trabajadoras, se aprecia un proceso claro de integración de la tutela de la salud con la tutela de la igualdad. Es más, siendo la maternidad biológica un hecho predicable solo de la mitad de la ciudadanía, no es admisible que su protección lo sea desde una óptica paternalista –como eran las primeras leyes– ni como una situación excepcional al principio de igualdad. Salud e igualdad deben integrarse de tal manera que el modelo de protección de la maternidad sea origen de "auténticos derechos que salvaguarden la salud de las trabajadoras a la vez que garanticen que su decisión de ser madres no les supondrá ningún perjuicio" (LOUSADA AROCHENA, F.J., CABEZA PEREIRO, J. y NÚÑEZ-CORTÉS CONTRERAS, P.).

Tras estas afirmaciones, quizás, haya que replantearse que cualquier circunstancia –relacionada o no con el trabajo– derivada del embarazo de una mujer trabajadora que le impida la continuación de su relación de trabajo merezca un subsidio que no le suponga un perjuicio económico, como sucede en el caso de la legislación española si se compara el subsidio de IT derivado de contingencias comunes y la situación de riesgo durante el embarazo. Teniendo en cuenta

la normativa europea a la que se ha hecho referencia con anterioridad, una cuestión prejudicial no parece, *a priori*, de fácil argumentación. Quizás tenga más recorrido una cuestión de inconstitucionalidad. En todo caso, más allá de una breve reseña judicial, parece que el tema merece una reflexión algo más pausada.