

# El principio de igualdad de trato en las Directivas Comunitarias, en materia de Seguridad Social\*

MAGDALENA NOGUEIRA GUASTAVINO

LOURDES LÓPEZ CUMBRE

RICARDO MORÓN PRIETO

SUMARIO: 1. EL PROCESO DE EXTENSIÓN AL ÁMBITO DE LA SEGURIDAD SOCIAL DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE TRATO ENTRE HOMBRE Y MUJER.—2. LA DIRECTIVA 79/7/CEE DE 19 DE DICIEMBRE DE 1978, SOBRE LA APLICACIÓN PROGRESIVA DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE TRATO ENTRE HOMBRES Y MUJERES EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL. A) Importancia y caracterización general: a) Configuración del principio de igualdad de trato. b) La aplicación progresiva del principio de igualdad en materia de Seguridad Social. c) La aplicación del principio de igualdad a los «regímenes legales». d) La parcialidad de los riesgos cubiertos por la aplicación del principio de igualdad. B) Ámbito subjetivo y objetivo de la Directiva 79/7/CEE y su precisión por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. a) Ámbito subjetivo de la Directiva. b) Ámbito objetivo de la Directiva. C) Obligaciones de los Estados miembros.—3. PRINCIPIO DE IGUALDAD DE TRATO Y RÉGIMENES PROFESIONALES: MODIFICACIONES INTRODUCIDAS POR LA DIRECTIVA 96/97/CEE. A) Protección básica y protección complementaria: una relación ineludible en la aplicación de la igualdad de trato. B) Igualdad en la remuneración como elemento determinante de la aplicación del principio de igualdad en la protección complementaria. C) Contenido del principio de igualdad de trato aplicado a la protección complementaria. a) Igualdad en el acceso a los regímenes profesionales. b) Igualdad en las aportaciones a los regímenes profesionales. c) Igualdad en las prestaciones devengadas por los regímenes profesionales. d) Sobre las excepciones en la aplicación de la Directiva 96/97/CEE. Especial referencia a los trabajadores autónomos. e) Trasposición de la Directiva 96/97/CEE al ordenamiento español. Un objetivo cumplido.—4. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE TRATO EN LA ACTIVIDAD AUTÓNOMA: LA DIRECTIVA 86/613/CEE. A) Consideraciones generales. B) Objeto y caracterización genérica de la Directiva. a) Objeto de la Directiva. b) Caracterización genérica de su contenido y alcance personal. C) Contenido concreto de la Directiva y grado de incorporación o cumplimiento por el ordenamiento español. a) Aspectos referidos al principio de igualdad de trato en el ámbito de las actividades autónomas y profesionales. b) Aspectos referidos al establecimiento de un nivel de protección social común a todos los Estados respecto de los cónyuges colaboradores sin estatuto profesional. c) Aspectos relativos al estatuto de los cónyuges que colaboran. D) Recapitulación: los problemas pendientes.—ANEXO: 1. DIRECTIVA 79/7/CEE.—2. DIRECTIVA 86/378/CE.—3. DIRECTIVA 86/613/CEE.

\* El presente trabajo recoge, en sus líneas generales, las intervenciones orales desarrolladas por los autores, Profesores de Derecho del Trabajo de la Universidad Autónoma de Madrid, el día 5 de noviembre de 1997 en el Curso de Especialización 1997/98 sobre Relaciones Laborales en Europa y Diálogo Social del Instituto Europeo de Relaciones Industriales de la Universidad Carlos III, dentro del módulo dirigido por el Prof. Luis Enrique de la Villa Gil. Se integra asimismo dentro del proyecto de investigación de la Dirección General de Ciencia y Tecnología del Ministerio de Educación y Cultura, Ref. PB. 94-1051-C02-01.

## 1. EL PROCESO DE EXTENSIÓN AL ÁMBITO DE LA SEGURIDAD SOCIAL DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE TRATO ENTRE HOMBRE Y MUJER<sup>1</sup>

1. El Tratado constitutivo de la Comunidad Económica Europea<sup>2</sup> se caracteriza, como es sabido, por subordinar los aspectos sociales a la consecución de objetivos y políticas económicas, de ahí que la política social no sea una política común. La concepción economicista del Tratado se refleja en la inexistencia de una política social definida al entenderse que ésta será una consecuencia natural y automática del funcionamiento del mercado. Así configurada, tan sólo se contemplan de modo expreso en el Tratado aquellos aspectos sociales necesarios para garantizar esa finalidad preeminente. El reconocimiento de la libre circulación de trabajadores —como mecanismo para una mejor asignación de los recursos humanos europeos (arts. 48 a 51 TCE)—, la igualdad retributiva entre hombres y mujeres —para evitar discriminaciones que puedan mermar la competitividad entre los Estados miembros (art. 119 TCE)—, el Fondo Social Europeo —como instrumento financiero auxiliar a la libre circulación de los trabajadores al tener como objetivo fomentar las oportunidades de empleo y la movilidad geográfica y profesional de éstos (arts. 123 a 127 TCE)—, junto a alguna referencia a la homogeneidad en el sistema de vacaciones entre los Estados miembros (art. 120 TCE) y a la formación profesional (art. 128 TCE)<sup>3</sup>, constituyen las piezas consideradas necesas-

rias para que el proyecto del mercado común se ponga en marcha.

Junto a estos aspectos, el Tratado también recoge alguna disposición de carácter más general dentro del capítulo sobre «Disposiciones Sociales» del Título III. Así, el art. 117 TCEE contiene una declaración de los Estados miembros en torno a la necesidad de promover la mejora de las condiciones de vida y de trabajo de los trabajadores «a fin de conseguir su equiparación por la vía del progreso» y el art. 118 TCEE declara, a continuación, que «la Comisión tendrá por misión promover una estrecha colaboración entre los Estados miembros en el ámbito social», particularmente, entre otras enumeradas, en materia de condiciones de trabajo y en materia de Seguridad Social. Aparente intención progresista de los signatarios del Tratado originario que quedaba, sin embargo, rápidamente entredicho por cuanto la primera solemne declaración se abandonaba al espontáneo «funcionamiento del mercado común» así como a «los procedimientos previstos en el presente Tratado y la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas», procedimientos éstos que quedaban en su mayor parte reducidos a meros «estudios, dictámenes y organización de consultas» que se aconseja elaborar a la Comisión «en estrecho contacto con los Estados miembros» (art. 118 TCEE). Las dificultades de encontrar una vía de armonización a través de Directivas al estar ceñida la regla del art. 100 TCEE a aquellas materias que «incidan *directamente* en el establecimiento o funcionamiento del mercado común», agravaban aún más cualquier armonización posible en materia de política social.

Sólo con el tiempo se producirá un cambio de esta concepción. Su inicio, sin duda, debe ubicarse en la cumbre de París de octubre de 1972 donde los Jefes de Estado y de Gobierno admiten la necesidad de proceder a una concertación de las políticas sociales; asunción que termina concretándose en la adopción por el Consejo de Ministros del «Programa de

<sup>1</sup> Los apartados 1 y 2 han sido redactados por MAGDALENA NOGUEIRA GUASTAVINO.

<sup>2</sup> Para una compilación actualizada de la legislación comunitaria, *vid.* LUIS ENRIQUE DE LA VILLA GIL y OTROS, *Leyes sociales internacionales y comunitarias*. Madrid (CEURA), 1998, 2 vols.

<sup>3</sup> En general, para un estudio detallado de la regulación laboral en el Tratado de Roma y de las razones que subyacen en ella, *vid.* PÉREZ DE LOS COBOS F., *El Derecho Social Comunitario en el Tratado de la Unión Europea*, Madrid, Civitas, 1994, págs. 19 a 43.

Acción Social de 1974» (Resolución de 21 de enero de 1974)<sup>4</sup>. En este importante Programa se recogen una serie de objetivos sociales. De ellos va a partir la evolución del desarrollo del principio de igualdad en el Derecho comunitario y su posterior extensión al ámbito de la Seguridad Social.

2. En efecto, originariamente, el principio de igualdad de trato entre hombre y mujer encubría una estricta finalidad económica más que una finalidad social quedando por ello ceñido al ámbito retributivo en el art. 119 TCEE<sup>5</sup>. La regulación del art. 119 TCEE, además, aunque recepcionaba (y recepciona) dicho principio, lo hace a modo de norma de coordinación al precisar que compete a cada uno de los Estados miembros garantizar la «aplicación del principio de igualdad de retribución a igual trabajo para hombres y mujeres». Fuera de esta mención, el principio de igualdad no recibía ninguna otra proyección en el ámbito social.

Esta visión reductiva del principio de igualdad comienza a transformarse a partir de la aprobación del mencionado Programa de Acción Social de 1974 y del impulso a la política social que, sin duda, éste supuso. En este Programa no se prevé la igualdad de trato en materia de Seguridad Social pero, sin

embargo, en su seno sí se proponen, entre otros objetivos, el de reforzar el principio de igualdad retributiva ya contemplado en el art. 119 TCCE y el de «emprender acciones con el fin de garantizar la igualdad de hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo y a la formación y la promoción profesionales así como las condiciones de trabajo». Para la puesta en práctica de estos objetivos, el propio Programa remite a la utilización de las disposiciones de los distintos Tratados, incluido el uso del art. 235 TCEE<sup>6</sup>.

Pues bien, sobre esta base normativa, y en desarrollo del Programa de Acción Social de 1974, se decide aproximar las legislaciones de los Estados miembros a través de una serie de Directivas cuyo objetivo es garantizar el principio de igualdad. Entre ellas, la Directiva 75/117/CEE, relativa a la aplicación del principio de igualdad retributiva<sup>7</sup> y la Directiva 76/207/CEE, sobre la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en el acceso al empleo, en la formación y promoción profesionales, y en las condiciones de trabajo<sup>8</sup>. Es en esta última Directiva donde se contiene el que va a ser el «germen de la extensión» ya que, tras reconocer que el principio de igualdad es uno de los

<sup>4</sup> Sobre este proceso vid. TEJERINA ALONSO J.I., «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. Su incidencia en la legislación española», *Noticias/CEE*, 1988, núm. 36, pág. 76.

<sup>5</sup> El precepto fue introducido por Francia que, al tener una legislación más avanzada en esta materia, consideraba que su inserción y la obligatoriedad para el resto de los países miembros frenaría el posible dumping social al que conduciría sin remedio una aplicación heterogénea en esta materia y así, podría conservar su nivel de competitividad: AA.VV. *Derecho social comunitario*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 1995, pág. 350. Destacando su finalidad economicista y rechazando su carácter garantista, igualmente, FERNÁNDEZ DE LA VEGA, M.T., «El principio de igualdad» en AA.VV., *Derecho Social Comunitario*, Cuadernos del Poder Judicial, Madrid, CGPJ, 1993, pág. 54.

<sup>6</sup> Art. 235: «Cuando una acción de la Comunidad resulte necesaria para lograr, en el funcionamiento del mercado común, uno de los objetivos de la Comunidad, sin que el presente Tratado haya previsto los poderes de acción necesarios al respecto, el Consejo, por unanimidad, a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo, adoptará las disposiciones pertinentes». La utilización de este precepto como mecanismo para lograr la armonización ante la falta de otros instrumentos jurídicos supone, como se ha señalado por la doctrina, reconocer «paladinamente que del artículo 119 no se podían extraer las potestades necesarias para acometer la generalización del principio de igualdad por razón de sexo»: MONTAÑA MELGAR A., GALIANA MORENO J.M. y SEMPERE NAVARRO A.V., *Derecho Social Europeo*, Madrid, Tecnos, 1994, pág. 57.

<sup>7</sup> De 10 de febrero, DOCE L 45/19, de 19 de febrero de 1975.

<sup>8</sup> De 9 de febrero, DOCE L 39/40, de 14 de febrero de 1976.

objetivos de la Comunidad y que en el Tratado no se habían previsto los poderes de acción necesarios para hacerlo efectivo, se considera que es conveniente definir y aplicar progresivamente por medio de instrumentos ulteriores el principio de igualdad de trato en materia de Seguridad Social<sup>9</sup>. Esta remisión a un instrumento específico posterior, cristaliza finalmente en la aprobación de una serie de Directivas que recogen este principio en materia de Seguridad Social.

La primera de ellas, la Directiva 79/7/CEE, de 19 de diciembre de 1978, sobre la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social (regímenes legales)<sup>10</sup>. Posteriormente, y en desarrollo de la misma, se aprueba la Directiva 86/378/CEE, de 24 de julio de 1986, sobre aplicación de este principio a los regímenes profesionales de Seguridad Social<sup>11</sup> y la Directiva 86/613/CEE, de 11 de diciembre de 1986, sobre la aplicación del principio entre hombres y mujeres que ejerzan una actividad autónoma, incluidas las actividades agrícolas, así como sobre la protección de la maternidad<sup>12</sup>, que también van a ser objeto de comentario en este artículo.

Aunque estas Directivas constituyen un inicio para la efectividad real del principio de igualdad, este principio se ve impulsado por su expresa recepción en la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales

de los Trabajadores<sup>13</sup> y en el Protocolo número 14 sobre Política Social adoptado por la Conferencia Intergubernamental de 1992 en el Tratado de Maastricht. Y ello no tanto por haberse contemplado en su día dentro de estos instrumentos sino, sobre todo, por el reforzamiento que ambos reciben en el Tratado de Amsterdam.

La integración en el Título VIII del TCE —ahora sobre «política social, la educación, la formación y la juventud»— del Protocolo núm. 14 y, por consiguiente, del Acuerdo sobre política social en él contenido, contribuye a despejar cualquier duda sobre la naturaleza y la eficacia de la regulación en materia de política social y sobre los órganos competentes para su aplicación. Asimismo, entre las finalidades perseguidas por la Comunidad (enumeradas en el art. 2 TCE), el Tratado de Amsterdam añade la «igualdad entre hombres y mujeres» y, para alcanzar dicha finalidad, introduce un nuevo objetivo de la Comunidad: el de «eliminar las desigualdades y promover la igualdad entre hombres y mujeres» (nuevo párrafo del art. 3 TCE). Este impulso del principio, además de reforzarse en otros preceptos mediante la admisión de medidas de acción positiva para la mujer<sup>14</sup> va a encontrar una

<sup>9</sup> Directiva 76/207/CEE: artículo 1.2: «Con el objeto de garantizar la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato en materia de Seguridad Social, el Consejo adoptará, a propuesta de la Comisión, disposiciones que precisarán especialmente el contenido, el alcance y las modalidades de aplicación».

<sup>10</sup> DOCE L 6, de 10 de enero de 1979. Edición esp. española: Capítulo 5, tomo 2, pág. 174.

<sup>11</sup> DOCE L 225, de 12 de agosto de 1986, modificada por la Directiva 96/97/CE, de 20 de diciembre de 1996 DOCE L 46, de 17 de febrero de 1997.

<sup>12</sup> DOCE L 359, de 19 de diciembre de 1986.

<sup>13</sup> Adoptada durante el Consejo Europeo de Estrasburgo, el día 9 de diciembre de 1989, por los Jefes de Estado o de Gobierno de once Estados miembros y cuyo punto núm. 16 literalmente está dedicado a la igualdad de trato entre hombres y mujeres con el siguiente contenido: «Debe garantizarse la igualdad de trato entre hombres y mujeres. Debe desarrollarse la igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres. A tal fin, conviene intensificar, dondequiera que ello sea necesario, las acciones destinadas a garantizar la realización de la igualdad entre hombres y mujeres, en particular para el acceso al empleo, la retribución, las condiciones de trabajo, la protección social, la educación, la formación profesional y la evolución de la carrera profesional. Conviene asimismo desarrollar medidas que permitan a hombres y mujeres desarrollar más fácilmente sus obligaciones profesionales y familiares».

<sup>14</sup> Para una visión general de las modificaciones que introduce el Tratado de Amsterdam me permito remitir a mi artículo, en el número 7 de esta misma Revista.

vía de confirmación, sobre todo, en la nueva redacción dada al art. 117 del TCE donde se introduce una novedad de relevancia política (y, esperemos, de efectividad real), ya que, por vez primera, se reconoce en el Tratado de la Comunidad Europea (y aunque sea de modo indirecto) la virtualidad de los Derechos Sociales Fundamentales como criterio efectivo de interpretación y como principio informador de la legislación en materia de política social<sup>15</sup>. La expresa mención a la Carta Comunitaria de los Derechos Sociales como criterio de interpretación general y, de modo específico, en la política social, deberá tenerse en cuenta no sólo por el legislador comunitario sino, sobre todo, por el Tribunal de Justicia en la interpretación que de los Tratados y de las Directivas realice en un futuro, siendo por ello esperable una mayor flexibilidad a la hora de hacer efectivo el principio de igualdad también en materia de Seguridad Social.

<sup>15</sup> Ratificado el Tratado de Amsterdam, la redacción del nuevo art. 117 del TCE quedaría como sigue: «Los objetivos de la Comunidad y de los Estados miembros, teniendo presentes los *derechos sociales fundamentales tal y como se garantizan en la Carta Social Europea firmada en Turín el 18 de octubre de 1961 y en la Carta Comunitaria de los Derechos sociales de los trabajadores de 1989*, son el fomento del empleo, la mejora de las condiciones de vida y trabajo, una *protección social adecuada*, el diálogo social, el desarrollo de los recursos humanos para conseguir un nivel de empleo elevado y la lucha contra la exclusión. Asimismo, consideran que dicha evolución resultará no sólo del funcionamiento del mercado común, que favorecerá la armonización de los sistemas sociales, sino también de los procedimientos previstos en este Tratado y de la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas».

## 2. LA DIRECTIVA 79/7/CEE, DE 19 DE DICIEMBRE DE 1978, SOBRE LA APLICACIÓN PROGRESIVA DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE TRATO ENTRE HOMBRES Y MUJERES EN MATERIA DE SEGURIDAD SOCIAL<sup>16</sup>

### A. Importancia y caracterización general

1. La importancia de la aprobación de la Directiva 79/7/CEE<sup>17</sup> es doble. Por un lado, porque constituye la traslación efectiva del principio general de igualdad de trato ya previsto en otras materias (como la salarial, el acceso al empleo o las condiciones de trabajo), al ámbito general de la Seguridad Social y se erige en la base normativa inicial de la que el principio de igualdad irá emanando hacia otros aspectos más puntuales relacionados con ella. Pero, sobre todo, porque constituye el primer instrumento vinculante en materia de Seguridad Social<sup>18</sup>. Con la aprobación de esta Directiva se pasa, como se ha hecho notar, de una Seguridad Social recomendada o sugerida a una armonización impuesta coercitivamente obligando a los Estados a reconducir su legislación interna hacia unas directrices de carácter general<sup>19</sup>.

Dejando al margen momentáneamente el análisis del contenido concreto de la Directiva, conviene ahora resaltar el instrumento

<sup>16</sup> Vid. nota 1.

<sup>17</sup> Aprobada una vez vista la propuesta de la Comisión DO nº C 34 de 11-2-1977, pág. 3., visto el dictamen del Parlamento Europeo DO nº C 299 de 12-12-1977, pág. 13 y visto el dictamen del Comité Económico y Social DO nº C 180 de 28-7-1977, pág. 36.

<sup>18</sup> GONZALO GONZÁLEZ, B., *Introducción al Derecho Internacional Español de Seguridad Social*, Madrid, CES, 1995, pág. 79.

<sup>19</sup> TEJERINA ALONSO, J.L., «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. Su incidencia en la legislación española», *op. cit.*, pág. 76.

normativo a través el cual el principio de igualdad pretende hacerse efectivo en los regímenes legales de la Seguridad Social. Se trata de una Directiva, por lo que, según el art. 189 TCE <sup>20</sup> «la Directiva obligará al Estado miembro destinatario en cuanto el resultado que deba conseguirse dejando, sin embargo, a las autoridades nacionales la elección de la forma y de los medios». La Directiva es un instrumento de armonización o aproximación: «el Consejo adoptará por unanimidad (a propuesta de la Comisión y previa consulta al Parlamento Europeo y al Comité Económico y Social), Directivas para la aproximación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros que incidan directamente en el establecimiento o funcionamiento del mercado común» <sup>21</sup>.

Las Directivas por lo general tienen carácter incompleto y se ven necesitadas de un desarrollo normativo interno estatal posterior al faltarles el carácter de generalidad y abstracción propios de una norma. Aunque con una menor eficacia que los Reglamentos su importancia no es baladí en la medida en que su resultado es unificador: obliga a los Estados miembros a modificar sus normas internas con el objetivo de la implantación progresiva del principio de igualdad de trato <sup>22</sup>. Pero además, como es sabido, la jurisprudencia comunitaria ha dotado de eficacia mayor a las Directivas al permitir que, en aquellos casos en que se haya superado el plazo de adaptación del Estado de la Directiva a su legisla-

ción interna y si las disposiciones de la Directiva son precisas e incondicionales en su contenido pueden ser invocadas por los ciudadanos en contra de cualquier disposición nacional disconforme con la Directiva <sup>23</sup>.

Esta doctrina en torno a la aplicación directa de aspectos parciales de Directivas, se concreta para la Directiva 79/7/CEE en el asunto *McDermott y Cotter* <sup>24</sup> donde el Tribunal de Justicia ha declarado que el art. 4.1 que prohíbe la discriminación por razón de sexo al ser suficientemente preciso y concreto tiene efecto directo de suerte que puede ser invocado por un particular y que de él derivan derechos a favor de los particulares de un Estado miembro a contar desde la expiración del plazo concedido a los Estados para dar cumplimiento a la Directiva. En consecuencia, en aquellos casos en los que la Directiva no se haya desarrollado en el ordenamiento jurídico interno de alguno de los Estados miembros, se ha de reconocer a las mujeres el mismo régimen jurídico que a los hombres cuando los supuestos de hecho y las situaciones sean idénticas <sup>25</sup>.

2. En cuanto a la finalidad última de la Directiva 79/7/CEE, tal y como reconoce su exposición de motivos, ésta es la de aplicar progresivamente el principio de igualdad de

<sup>20</sup> Que, con la ratificación del Tratado de Amsterdam, pasará a ser el art. 249 TCE.

<sup>21</sup> Art. 100 TCEE, que, con la ratificación del Tratado de Amsterdam, pasará a ser el art. 94 TCE.

<sup>22</sup> 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*, 1988, núm. 44, pág. 155; PÉREZ DEL RÍO T., «El principio de igualdad en la Seguridad Social: no discriminación por razón de sexo», *RT*, 1983, núm. 73, pág. 11.

<sup>23</sup> STJCEE 5 de marzo de 1996, Asuntos acumulados 46/93 y 48/93, *Brasserie du Pêcheur SA contra Bundesrepublik Deutschland* y *The Queen contra Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd* y otros. En general, sobre esta materia *vid.*, FERNÁNDEZ LIESA C.R. y RODRÍGUEZ PIÑERO, M.C., «Sobre la responsabilidad del Estado y el efecto directo de las Directivas comunitarias, y su posible incidencia en el Derecho laboral español», *RL*, 1993, I, pág. 1157.

<sup>24</sup> STJCEE de 4 de diciembre de 1986, Asunto, 71/85, *Estado Holandés contra Federatie Nederlandse Valkbeweging* y STJCEE de 24 de marzo de 1987, Asunto 286/85, *Norah McDermott y Ann Cotter contra Minister of Social Welfare y Attorney General*.

<sup>25</sup> 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», *op. cit.*, pág. 156.

trato en materia de *Seguridad Social* y otros elementos de *protección social* en los *regímenes legales* que garanticen una protección contra unos *riesgos determinados*. Conviene ir diseccionando los elementos y definiciones más relevantes a los que alude esta concentrada finalidad y que como veremos, contiene demasiadas fisuras por las que el Tribunal de Justicia de las Comunidades termina las más de las veces dejando escapar el potencial protector de la Directiva.

### a) *Configuración del principio de igualdad de trato*

El principio de igualdad de trato viene definido en el art. 4.1 de la Directiva con el siguiente tenor literal: «el principio de igualdad de trato supondrá la ausencia de toda discriminación por razón de *sexo*, ya sea *directa o indirectamente*, en especial con relación al *estado matrimonial o familiar*» si bien especificando, al mismo tiempo, que este principio prohíbe, particularmente, la discriminación en: «a) el ámbito de aplicación de los regímenes y las condiciones de acceso a los mismos, b) la obligación de contribuir y el cálculo de las contribuciones, el cálculo de las prestaciones, incluidos los aumentos debidos por cónyuge y por persona a cargo, y c) las condiciones de duración y de mantenimiento del derecho a las prestaciones».

La Directiva, como el conjunto de las existentes en el ámbito comunitario sobre el principio de igualdad, refiere la exigencia de igualdad únicamente al *sexo* y no a otra causa posible de discriminación<sup>26</sup> en cualquiera

de los aspectos de la Seguridad Social. El principio de igualdad supone así la prohibición de un trato desigual por razón del *sexo* no justificado en todo el conjunto de las técnicas de Seguridad Social: campo de aplicación, afiliación, alta, cotización, y prestaciones, incluidos los requisitos necesarios para acceder a las mismas y para mantenerlas. Ello no obstante, para que ese principio de igualdad formal no genere discriminaciones materiales, el propio art. 4 en su segundo párrafo se encarga de clarificar 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» por lo que, dentro de este ámbito, los Estados miembros pueden adoptar disposiciones específicas en favor de la mujer con el fin de superar las desigualdades de hecho.

La prohibición contenida en la Directiva abarca tanto a las discriminaciones directas como a las indirectas. En la discriminación directa una persona es tratada de forma diferente, por lo general menos favorable, por razón de su *sexo* o por motivos inseparablemente unidos al *sexo* como pueden ser el embarazo o la maternidad. Resulta especialmente significativa la recepción expresa que la Directiva hace al matrimonio o la situación familiar. La existencia en muchas legislaciones de diferencias de trato basadas en la situación familiar o en el matrimonio muchas veces no son tanto el resultado de un deseo intencionado de discriminar a la mujer sino de «protegerla» en un contexto en el que la desigualdad era el refle-

<sup>26</sup> Como en este sentido ha puesto de relieve la doctrina, a salvo de las relativas a la nacionalidad imperativamente necesarias para la realización de la libertad de circulación, todas las Directivas sobre el principio de igualdad se centran en la no discriminación por razón del *sexo* y no así por otras razones como pudieran ser la ideología, la religión, la edad, etc.: PÉREZ DEL RÍO T., «El principio de igualdad de trato y la prohibición de discriminación por razón de *sexo* en el Derecho comunitario»,

en AA. VV. Dir. J. Rentero, *Derechos laborales individuales y colectivos y Derecho comunitario*, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, CCGJ, 1997, pág. 51. Sin embargo, esta situación ha quedado superada con la firma del Tratado de Amsterdam, aún por ratificar, al incorporar una declaración general por la que se reconoce la competencia del Consejo sobre la base de una propuesta de la Comisión y después de consultar al Parlamento Europeo para adoptar las medidas necesarias para combatir «cualquier discriminación basada en el *sexo*, la raza, el origen étnico, la religión o creencias, minusvalías, edad u orientación sexual» nuevo art. 6a en el TCE.

jo normativo de una organización social y familiar distinta basada en un implícito reparto de papeles derivados del matrimonio cuando únicamente era el hombre el que trabajaba. Este tipo de circunstancias discriminatorias pueden aparecer en la definición de las personas protegidas, de los riesgos cubiertos, de las condiciones para tener derecho a una u otra prestación, en el cálculo de las cuotas o de las prestaciones. Pero, como es evidente, la normativa social ni puede impedir la libertad de contraer matrimonio ni, de ejercerse esta libertad, su ejercicio puede generar una desigualdad de trato en materia de Seguridad Social <sup>27</sup>.

Junto a las discriminaciones directas, se prohíben también las discriminaciones indirectas en materia de Seguridad Social. La Directiva proscribía todas aquellas acciones o medidas contenidas en los regímenes legales de la Seguridad Social de los Estados miembros que, indirectamente y sin utilizar el criterio prohibido sino otro de carácter neutro y en principio aplicable a ambos sexos, conduzcan al mismo tratamiento desigual prohibido o perjudiquen de modo desproporcionado a las personas de uno u otro sexo si las diferencias no pueden justificarse por circunstancias ajenas por completo a la discriminación.

La doctrina de la discriminación indirecta u oculta aparece por vez primera en relación a la igualdad retributiva (art. 119 TCEE) el caso *Jenkins* donde se analiza la contratación a tiempo parcial como subterfugio especialmente proclive para la discriminación indirecta. Tras declarar que es posible establecer diferencias entre trabajadores a tiempo completo y parcial, de inmediato se precisa que tal posibilidad tiene su límite cuando «se trate de una discriminación deducible del hecho de que el grupo de trabajadores a tiempo par-

cial se componga, de manera exclusiva o preponderante, de personas del sexo femenino» <sup>28</sup>. Dos son, así pues, las circunstancias que han de concurrir simultáneamente para la existencia de una discriminación indirecta. En primer lugar, que la norma incriminada afecte de modo predominante a los trabajadores de determinado sexo. Y, en segundo lugar, que no pueda justificarse la diferencia por algún motivo objetivo al margen de cualquier discriminación. Al tener que concurrir necesariamente ambos elementos no puede apreciarse la discriminación cuando falta alguno de los dos requisitos <sup>29</sup>. Esta doctrina cristaliza en el caso *Bilka* en el que, ya en materia de Seguridad Social complementaria, se declara que «es discriminatorio excluir del régimen complementario de pensiones a los trabajadores a tiempo parcial cuando éstos en su mayoría son mujeres» <sup>30</sup>. Esta doctrina de la discriminación indirecta realizada por el TJCEE se ha recogido de modo explícito y muy preciso en la Directiva 97/80/CE del Consejo relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación basada en el sexo: «existe una discriminación indirecta cuando una disposición, criterio o práctica, aparentemente neutral perjudica de modo desproporcionado a las personas de un sexo determinado, a menos que el objetivo perseguido por la aplicación de dicha disposición, criterio o práctica, esté objetivamente justificado y cuando

<sup>27</sup> Estas consideraciones en LAURENT A., «El principio de igualdad de trato de hombres y mujeres en la Seguridad Social y límites del mismo», *RSS*, 1987, núm. 33, págs. 107 y 112.

<sup>28</sup> STSJCEE de 31 de enero de 1981, Asunto 96/80, J.P. *Jenkins* contra *Kingsgate Clothing Productions Ltd*, Rec. 1981, pág. 911. Un estudio sobre el concepto de discriminación indirecta en la doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas puede verse en, SENDEN, L., «La igualdad salarial en la legislación comunitaria», en AA.VV., Coord. J. Cruz Villalón, *La igualdad de trato en el Derecho comunitario Laboral*, Pamplona, Aranzadi, págs. 146 a 152.

<sup>29</sup> La necesaria concurrencia de ambos elementos en, LAURENT, A., «El principio de igualdad de trato de hombres y mujeres en la Seguridad Social y límites del mismo», *op. cit.*, pág. 104.

<sup>30</sup> STJCEE de 13 de mayo de 1986, Asunto 170/84, *Bilka Kauffhauss GmbH* contra *Karin Weber von Hartz Bundesarbeitsgericht*, Rec. 1986, pág. 2101.

los medios para alcanzarlo sean apropiados y necesarios».

Las sentencias que han tenido oportunidad de pronunciarse sobre la discriminación indirecta en relación a los regímenes legales de la Seguridad Social recogen esta doctrina en la misma línea y con la conjunción de los mismos criterios, examinando si existe o no una desigualdad de trato y si, en el caso concreto, la diferencia en el tratamiento está justificada. El problema es que con cierta rapidez se encuentra una justificación que enerva la inclusión de la diferencia dentro de la discriminación prohibida. Justificación que, como era de esperar, se halla dentro de unos más generales objetivos de política social que pudiera tener el Estado miembro. Política social que, como es sabido, ha constituido siempre una competencia exclusiva de cada Estado miembro y respecto la cual el Derecho comunitario ha mostrado un excesivo respeto y falta de voluntad armonizadora.

Valgan los ejemplos contenidos en algunos de los casos recientemente examinados por el TJCEE<sup>31</sup>. En el caso *Laperre*, se analizan dos

<sup>31</sup> Anteriormente a los casos citados en el texto se examina la discriminación indirecta en la STJCE de 13 de diciembre de 1989, Asunto 102/88, M.L. Ruzius-Wilbrink contra Bestuur van Bedrijfsvereniging voor Overheidsdiensten, aplicada al cálculo de indemnizaciones por incapacidad del trabajador y en la que se declara que cuando una situación de desventaja afecta a un número considerablemente mayor de mujeres que de hombres, esta situación se presume contraria al principio de igualdad de trato a no ser que el legislador nacional o el empresario puedan explicar que esa situación se justifica por factores objetivos ajenos a toda discriminación fundada en el sexo. Igualmente, en la STJCE de 11 de junio de 1987, Asunto 30/85, J.W. Teuling contra el Consejo de Administración de la Bedrijfsvereniging voor de Chemische Industrie, para un sistema de prestaciones de incapacidad laboral en el que la cuantía de la prestación se fija teniendo en cuenta el estado civil y los ingresos procedentes directa o indirectamente de la actividad del cónyuge, no apreciándose vulneración de la Directiva 79/7/CEE si el sistema pretende garantizar por medio de un incremento de una prestación de Seguridad Social, el mínimo de medios de subsistencia adecuado para los

regímenes legales de asistencia social a favor de parados de larga duración de edad avanzada y/o afectados de incapacidad laboral parcial existentes en los Países Bajos que garantizan a los desempleados unos ingresos equivalentes al mínimo social pero que exigen unos requisitos distintos al tenerse en cuenta en uno de ellos si se tienen recursos y en el otro no. Aunque se reconoce que «el art. 4.1 se opone a la aplicación de una medida nacional que, aunque esté formulada de manera neutra perjudique a un porcentaje superior de mujeres que de hombres a menos que la medida controvertida esté justificada por factores objetivos ajenos a cualquier discriminación por razón de sexo», se declara que este precepto no impide que «el legislador haya podido razonablemente estimar que dicha legislación era necesaria para alcanzar un objetivo de política social ajeno a cualquier discriminación por razón de sexo», aún cuando conste que un número mayor de uno de los sexos se encuentre

beneficiarios que tienen un cónyuge o hijos a su cargo, compensando sus mayores cargas en relación con las asumidas por personas solas. Y en la STJCE de 7 de mayo de 1991, Asunto 229/89, Comisión de las Comunidades Europeas contra el Reino de Bélgica, donde también se considera conforme a la Directiva que el Estado miembro tenga en cuenta la mayor necesidad de los beneficiarios con cónyuge que la de personas solas a la hora de garantizar ingresos medios mínimos de subsistencia. Mas recientemente conviene resaltar la STJCE de 1 de febrero de 1996, Asunto 280/94, Y.M. Posthuma-van Damme contra Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor Detailhandel, Ambachten en Huisvrouwen y N. Öztürk contra Bestuur van de Nieuwe Algemene Bedrijfsvereniging, Asunto 280/94, DOCE C 108/1996, de 13 de abril en la que se señala, interpretando también el art. 4.1 de la Directiva, que la ausencia de toda discriminación por razón de sexo en lo relativo al ámbito de aplicación de los regímenes y las condiciones de acceso a los mismos, «no se opone a la aplicación de una normativa nacional que supedita el derecho a una prestación por incapacidad laboral al requisito de haber percibido determinados ingresos».

en una de las prestaciones y el otro en la otra prestación <sup>32</sup>.

Por su parte, puede también apreciarse el examen por el Tribunal de un cierto *animus discriminandi* como elemento para valorar la existencia de discriminación en los casos *Nolte y Megner* <sup>33</sup>. El Tribunal considera conforme con el art. 4.1 de la Directiva 79/7/CEE la exclusión del trabajo a tiempo parcial de menos de 15 horas semanales de la protección de invalidez y vejez (Nolte) y por vejez, enfermedad y de la obligación de cotizar al seguro de desempleo (Megner) alegando que «aunque

<sup>32</sup> La STJCEE de 8 de febrero de 1996, Asunto 8/94, c. b. laperre contra Bestuurscommissie Beroepszaken in de Provincie Zuid-Holland, DOCE C 95/1996, de 30 de marzo tiene que decidir si la prestación RWW para desempleados que no dispongan de recursos suficientes y que se supedita a no superar un umbral de patrimonio «modesto» y la prestación IOAW para desempleados de larga duración de avanzada edad no supeditada al requisito de patrimonio, aun con una preeminente recepción por sexos es o no discriminatoria, a lo que responde que: «un régimen legal nacional de ayuda social a desempleados de larga duración de edad avanzada o afectados por una invalidez a tiempo parcial, que establece una prestación destinada a garantizar un nivel de recursos equivalente al mínimo social y cuya concesión es independiente de la existencia de un patrimonio pero está supeditada al cumplimiento de requisitos relativos a los antecedentes profesionales del interesado y a su edad no implica una discriminación por razón de sexo aun cuando conste que un número mucho mayor de hombres que de mujeres encuentran en este régimen un medio de evitar el requisito al patrimonio que, sin embargo, es exigido en el marco de otro régimen...ya que el legislador ha podido razonablemente estimar que dicha legislación era necesaria para alcanzar un objetivo de política social ajeno a cualquier discriminación por razón de sexo». La razón que se da es que el legislador desea que los desempleados tras un período máximo de pago de la prestación con pocas posibilidades de encontrar un trabajo no tengan que recurrir al patrimonio habida cuenta de las dificultades que tienen de poder volver a rehacer su patrimonio.

<sup>33</sup> STJCEE de 14 de diciembre de 1995, Asunto 317/93, Inge Nolte contra Landesversicherungsanstalt Hannover DOCE C 64/1996, de 2 de marzo, STJCEE de 14 de diciembre de 1995, Asunto 444/93, Ursula Megner y Hildegard Scheffel contra Innungskrankenkasse Vorderpfalz, en la actualidad Innungskrankenkasse Rheinhessenpfalz, DOCE C 64/1996, de 2 de marzo.

afecte a muchas más mujeres que hombres el legislador nacional pudo estimar que la exclusión era necesaria para alcanzar un objetivo de política social *ajeno a toda discriminación por razón de sexo*».

No obstante, debe tenerse en cuenta que el Tribunal de Justicia ha declarado que «las consideraciones de índole presupuestaria no constituyen, por sí solas, un objetivo perseguible por la política social de un Estado miembro y, por lo tanto, no pueden justificar una decisión normativa en detrimento de uno de los sexos» <sup>34</sup>. Cuestión distinta, como veremos, es que el equilibrio financiero del sistema de Seguridad Social o del régimen de pensiones, se consideren causas que justifiquen las excepciones recogidas en el art. 7.1 de la Directiva 79/7/CEE.

#### b) *La aplicación progresiva del principio de igualdad en materia de Seguridad Social*

El art. 1 de la Directiva 79/7/CEE contempla de modo expreso la *aplicación progresiva del principio de igualdad de trato* dentro del ámbito de la Seguridad Social y la protección social a la que se extiende la misma. Esta aplicación progresiva conecta con la realidad anteriormente vista y orienta el examen judicial de la existencia de discriminación en esta materia. Esos objetivos de política social a los que refieren los casos anteriormente vistos, se admiten por el propio art. 7.2 de la Directiva donde se reconoce la facultad de los Estados miembros de *excluir del ámbito de aplicación de este principio* determinados supuestos cuando entiendan que existe una justificación para ello. Esta justificación en teoría (art. 7.2) compromete a que los Estados *periódicamente examinen* estas materias

<sup>34</sup> STJCE de 24 de febrero de 1994, Asunto 343/92, Roks y otros contra Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Gezondheid, Geestelijke en Maatschappelijke Belanger y otros.

excluidas y comprueben si continúa estando justificada la exclusión; asimismo, les obliga a informar a la Comisión de las razones que justifican el mantenimiento de esas disposiciones nacionales internas así como de las posibilidades para su revisión posterior (art. 8.2).

*c) La aplicación del principio de igualdad a los «régimenes legales»*

La Directiva 79/7/CEE en un principio (propuesta inicial del Consejo presentada a la Comisión en 1977), establecía la aplicación de la Directiva a todos los regímenes, tanto legales como profesionales, públicos o privados, sin embargo en su redacción final se limitó exclusivamente a los regímenes *legales públicos* (régimen general y regímenes especiales en su nivel contributivo y asistencial en la medida en que éste se destine a completar las prestaciones contributivas o a suplirlas). Como se señala por el Tribunal de Justicia, «la prestación debe estar prevista por una disposición legal sin que sea relevante la financiación ya que puede ser tanto contributiva como financiada por el erario público»<sup>35</sup>. Quedan al margen de esta Directiva, por lo tanto, los regímenes profesionales (complementarios) de Seguridad Social, esto es, los regímenes libremente constituidos nacidos de la decisión unilateral de las empresas o establecidos en la negociación colectiva si bien para llenar este vacío el art. 3.3 de la Directiva adelanta que para garantizar el principio de igualdad de trato en estos últimos regímenes «el Consejo adoptará, a pro-

puesta de la Comisión, las disposiciones que determinarán el contenido, el alcance y las modalidades de aplicación», garantías que se concretan más tarde en la Directiva 86/378/CEE modificada por la Directiva 96/97, de 20 de diciembre de 1996.

*d) La parcialidad de los riesgos cubiertos por la aplicación del principio de igualdad*

La aplicación del principio de igualdad a los regímenes públicos de Seguridad Social (régimen general y regímenes especiales), sin embargo, no es completa sino que tiene un marcado carácter parcial. El principio se aplica, a decir de la Directiva, a los regímenes legales que garanticen una protección contra los riesgos específicos por ella enumerados, es decir a los regímenes legales que garanticen una protección contra los riesgos de enfermedad, de invalidez, de vejez, de accidentes de trabajo, de enfermedad profesional y de paro así como a las disposiciones relativas a la ayuda social que los complementen o los suplan (art. 3.1). Quedan excluidas, no obstante, y de modo expreso en el art. 3.2 las prestaciones en favor de supervivientes, y las de ayuda a la familia, precisamente, aquellas en las que se ha constatado la existencia de una mayor cantidad de disposiciones discriminatorias<sup>36</sup>. Asimismo, como veremos, el art. 7 permite a los Estados miembros excluir de la aplicación de la Directiva ciertas materias en relación a alguno de los riesgos que parecían, en una primera y aislada lectura del art. 3, estar plenamente garantizados por el reconocimiento del principio de igualdad contemplado en la Directiva.

<sup>35</sup> STJCEE de 19 de octubre de 1995, Asunto 137/94, *The Queen Contra The Secretary Of State For Healt, Ex Parte: Cyril Richardson*, DOCE C 315/1995, de 25 de noviembre; STJCE de 11 de julio de 1996, Asunto 228/94, *Stanley Charles Atkins contra Wrekin District Council y Department of Transport* DOCE C 336/1996, de 9 de noviembre.

<sup>36</sup> Esta crítica en, PÉREZ DEL RÍO, T., «El principio de igualdad de trato y la prohibición de discriminación por razón de sexo en el Derecho Comunitario», *op. cit.*, pág. 81.

## B. **Ámbito subjetivo y objetivo de la Directiva 79/7/CEE y su precisión por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas**

### a) *Ámbito subjetivo de la Directiva*

1. A diferencia de los rasgos generales que caracterizan la Directiva 79/7/CEE, su ámbito subjetivo de aplicación resulta bastante amplio. El art. 2 de la misma declara que la misma se aplicará a toda la población activa, incluidos «los trabajadores independientes, los trabajadores cuya actividad se vea interrumpida por enfermedad, accidente o paro involuntario, a las personas que busquen empleo, así como a los trabajadores inválidos». Quedan bajo su campo de actuación, así pues, tanto los trabajadores por cuenta ajena como los trabajadores autónomos comprendiéndose dentro de la protección tanto las situaciones de alta normal o de actividad como las asimiladas de enfermedad, accidente o desempleo involuntario. La singularidad de los trabajadores que ejercen una actividad autónoma posteriormente dará lugar a una Directiva específica en la que contempla la aplicación del principio de igualdad en este marco específico (Directiva 86/613 de 11 de diciembre de 1986) y que también va a ser objeto de estudio en el presente artículo.

2. La jurisprudencia comunitaria se ha encargado de realizar algunas precisiones en torno al ámbito subjetivo de la Directiva 79/7/CEE.

Así, por ejemplo, en los asuntos acumulados *J.E.G. Achterberg-te Riele* se contiene la doctrina general en relación a los trabajadores que han interrumpido su actividad señalando que «la Directiva no se aplica ni a las personas que no han ejercido una actividad, ni a las que han ejercido una actividad que no se ha visto interrumpida por alguna de las contingencias mencionadas en el art. 3.1.a)

cuando estas personas no son demandantes de empleo, careciendo de influencia el hecho de que la persona afectada haya cesado de trabajar y ya no sea demandante de empleo antes de que haya expirado el plazo para la adaptación del Derecho interno a la Directiva», de este modo, los excluidos del ámbito subjetivo de la Directiva «no pueden alegar su art. 4 que define el alcance del principio de igualdad de trato»<sup>37</sup>. La interrupción de la actividad por una de las causas específicamente contempladas en la Directiva como condición indispensable para que ésta pueda aplicarse ha sido objeto de atención en varios pronunciamientos judiciales.

La sentencia dictada en el asunto *B.A. Zürcher* reconoce que la población activa es un concepto muy amplio puesto que «comprende a cualquier trabajador, incluido el que simplemente esté buscando empleo» pero precisa que la Directiva no puede aplicarse a personas que «nunca fueron demandantes de empleo o que han dejado de serlo» por una causa distinta de las contingencias mencionadas en la Directiva señalando además que el concepto de *actividad* al que va referido la expresión *población activa* «sólo puede entenderse, como mínimo, a una actividad económica, es decir, a una actividad ejercida a cambio de una contraprestación en sentido amplio». En consecuencia, la Directiva no puede aplicarse a las personas que no ejerzan ninguna actividad, que no sean demandantes de empleo ni a las personas cuya actividad o búsqueda de empleo no haya sido interrumpida por una de las contingencias del art. 3 de la Directiva. Según la sentencia, otra interpretación sería ampliar ilimitadamente el ámbito de la Directiva cuando precisamente el art. 2 de la misma lo que trata es de delimitarlo por lo que, al no darse estos presupuestos

<sup>37</sup> STJCEE de 27 de junio de 1989, Asuntos acumulados 48, 106 y 107/88, *J.E.G. Achterberg-te Riele* y otros contra *Sociales Verzerkeringsbank de Amsterdam*.

en el caso concreto, no se aprecia la aplicación de la Directiva<sup>38</sup>.

Por el contrario, en el asunto *Drake* sí se incluye dentro de la población activa a la Sra. Drake cuando deja de trabajar para atender a la invalidez de su madre. En este caso, el Tribunal entiende que el art. 2 da respuesta al problema concreto ya que la interrupción del trabajo se produce como consecuencia de los riesgos establecidos expresamente en el art. 3 (la invalidez)<sup>39</sup>.

### b) *Ámbito objetivo de la Directiva*

1. Como puede comprobarse, el ámbito objetivo se encuentra estrechamente relacio-

<sup>38</sup> En el caso concreto, el Sr. Züchner que ejercía una actividad profesional quedó parapléjico como consecuencia de un accidente y depende de una persona para sus cuidados generales. La Sra. Züchner, que no ejercía ninguna actividad profesional en el momento en que su marido tiene el accidente, se encarga de todos los cuidados y pretende que se le compense alegando que para dispensar dichos cuidados es necesaria cierta formación y que si no lo hace ella tendrían que contratar a un hospital o a un asistente a cambio de una retribución. Ante la solicitud de esta señora, el Tribunal de Justicia analiza el concepto de población activa y recuerda el amplio espectro del mismo precisando que el concepto de población activa va referido a una actividad económica en sentido estricto y recordando que la Directiva «no se aplica a las personas que no ejerzan ninguna actividad, que no sean demandantes de empleo, ni a las personas cuya actividad o búsqueda de empleo no haya sido interrumpida por una de las contingencias del art. 3 de la Directiva». En consecuencia, y del mismo modo que el Tribunal declaró que no estaba comprendida una persona que deje su actividad profesional para ocuparse de la educación de sus hijos, debe entenderse también que «la Directiva no se refiere a una persona que desarrolle una actividad no retributiva consistente en ocuparse de su cónyuge minusválido» ya que la persona que lo desarrolla para hacerlo «no ha abandonado una actividad profesional ni ha interrumpido la búsqueda de un empleo»: STJCE de 7 de noviembre de 1996, Asunto 77/95, Bruna-Alessandra Züchner contra Handelskrankenkasse Ersatzkasse Bremen, DOCE C 9/1997 11-01-1997.

<sup>39</sup> STJCE de 24 de junio de 1986, Asunto 150/85, Jacqueline Drake contra Chief Adjudication Officer.

nado con el ámbito subjetivo, sobre todo por lo que se refiere a las personas que interrumpen su actividad por alguno de los riesgos previstos en el art. 3 de la Directiva. Por lo que, para saber si una normativa determinada es o no contraria a la Directiva se ha de analizar si, además de que la persona esté dentro del ámbito subjetivo, la norma en concreto se corresponde con su ámbito objetivo, esto es, si asegura o no una protección contra unos riesgos determinados prefijados o una forma de ayuda social que tenga el mismo objetivo que estos riesgos para poder entrar en el ámbito de aplicación de la misma. La prestación ha de estar, así pues, «indisolublemente vinculada a la protección frente a uno de los riesgos enumerados en el art. 3.1.a»<sup>40</sup>.

Los riesgos protegidos por los regímenes legales a los que se hace referencia en el art. 3.1.a) son la enfermedad, invalidez, vejez, accidente laboral y enfermedad profesional, desempleo así como la ayuda social reconocida en el art. 3.1.b) cuando esté destinada a completar o suplir estos regímenes. Igualmente, a decir de su art. 3.2, la Directiva no se aplica a las disposiciones relativas a las prestaciones a favor de los supervivientes, ni a las que se refieren a prestaciones familiares, excepto si se trata de prestaciones familiares concedidas con arreglo a los aumentos de las prestaciones debidas en razón de los riesgos señalados en la letra a) del apartado 1. Asimismo, además de la maternidad que, como ya se dijo, queda excluida porque se entiende que sus disposiciones no vulneran el principio de igualdad (art. 4.2), quedan fuera de la protección de la Directiva, como también se adelantó, las prestaciones a supervivientes (viudedad, orfandad) y las prestaciones familiares.

2. Como se va comprobando con cierta decepción aunque con plena lógica jurídica,

<sup>40</sup> STJCEE de 30 de enero de 1997, Asunto 139/95, Livia Balestra contra Istituto nazionale della previdenza sociale INPS, DOCE C 74/1997, de 8 de marzo.

para que alguien se pueda «beneficiar» del principio de igualdad contemplado por la Directiva, debe cumplir todos y cada uno de los requisitos de ésta, simultánea y concurrentemente. Se puede, por lo tanto, estar dentro del ámbito subjetivo de aplicación pero no en el objetivo o, a la inversa, dentro del ámbito objetivo y no en el subjetivo; de ser cualquiera de éstos el caso, la solicitud de protección a través de esta Directiva deviene inviable. Además, la prestación sobre la que pesa la duda de discriminación, debe estar estrecha y directamente conectada con los riesgos contemplados en la Directiva.

Un ejemplo de ello se encuentra en el asunto *Atkins*. En el caso se discutía sobre una prestación especial de transporte existente en el Reino Unido y que consiste en una reducción del precio de los transportes públicos procedente de una habilitación legislativa que es concedida a personas que han superado una determinada edad o que se encuentran en situación de invalidez, entre otras situaciones. Al Sr. Atkins se le denegó a la edad de 63 años mientras que una mujer con los mismos años tiene derecho a ella (se concede a mujeres a partir de 60 años y hombres a partir de 65). El Tribunal señala que, aunque el Sr. Atkins se encuentre dentro de una de las situaciones del art. 3.1 (incapacidad), la prestación, sin embargo, «no protege directamente contra alguno de los riesgos enumerados en el art. 3 y la circunstancia de que el beneficiario se halle de hecho en una de las situaciones previstas en dicho artículo no es suficiente». Además, precisa que la referencia del art. 3.1 a la ayuda social debe ser entendida en el sentido de incluirla cuando «estén destinadas a completar los regímenes contemplados en el art. 3»<sup>41</sup>.

En el asunto *Hoever* se rechaza la aplicación de la Directiva en un caso en el que se so-

licita una prestación no contributiva de crianza de hijos que se inscribe dentro de un conjunto de medidas de política familiar y que se concede por una Ley alemana a aquellos que desempeñan un empleo un determinado número de horas. Ante la duda de si es o no discriminatoria la exigencia de un empleo de una determinada entidad, normalmente desarrollado por los trabajadores de un sexo y no por los otros, el Tribunal responde que «la Directiva no se aplica a las disposiciones que refieren a prestaciones familiares, excepto si se trata de prestaciones familiares concedidas con arreglo a los aumentos de las prestaciones debidas en razón de los riesgos previstos en la letra a) del apartado 1º, ya que la prestación por crianza no protege contra uno de los riesgos enumerados en art. 3.1»<sup>42</sup>.

3. Si ya resultaba complicada la aplicación de esta Directiva y la proyección del derecho a la igualdad, junto a la posibilidad de ser excluidos de su ámbito por no reunir los requisitos subjetivos u objetivos, la propia norma permite una tercera fuga consistente en que los Estados miembros están autorizados para excluir determinadas prestaciones, métodos o requisitos de atribución de prestaciones en la trasposición de la Directiva a sus ordenamientos internos. Partiendo de la idea de que la política social forma parte de las atribuciones de los Estados miembros, estima que corresponde a éstos elegir las medidas con las que alcanzar el objetivo de su política social y que en el ejercicio de su competencia los Estados disponen de un amplio margen de decisión<sup>43</sup>. Eso sí, al menos se

<sup>41</sup> STJCE de 11 de julio de 1996, Asunto 228/94, Stanley Charles Atkins contra Wrekin District Council y Department of Transport DOCE C 336/1996, de 9 de noviembre.

<sup>42</sup> STJCE de 10 de octubre de 1996, Asuntos acumulados 254/94 y 312/94, Ingrid Hoever, Iris Zachow Contra Land Nordrhein-Westfalen, DOCE C 370/1996, de 7 de diciembre.

<sup>43</sup> STJCEE de 14 de diciembre de 1995, Asunto 444/93, Ursula Megner y Hildegard Scheffel contra Innungskrankenkasse Vorderpfalz, en la actualidad Innungskrankenkasse Rheinhessen-pfalz, DOCE C 64/1996, de 2 de marzo; STJCEE de 8 de febrero de 1996, Asunto 8/94, c. b. Iapere contra Bestuurscommissie Beroepszaken in de Provincie Zuid-Holland, DOCE C 95/1996, de 30 de marzo.

«lava la conciencia» la Directiva al exigir que, respecto de las disposiciones que hayan excluido los Estados miembros, éstos se encuentran en la obligación de reexaminarlas periódicamente para analizar si siguen estando justificadas. Dentro de esta misma línea, el art. 8.2 establece la «obligación» de los Estados miembros de comunicar a la Comisión el texto de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas que adopten en el ámbito regulado por la presente Directiva, incluidas las medidas que establezcan en virtud de la aplicación del apartado 2 del artículo 7.

Los aspectos que pueden dejar los Estados miembros al margen del ámbito objetivo de aplicación son los siguientes (art. 7.1): 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; b) las *ventajas* concedidas en materia de *seguro de vejez a las personas que han educado hijos*; la adquisición del derecho a las prestaciones después de períodos de interrupción de empleo debidos a la educación de los hijos; c) la concesión de *derechos* a prestaciones de *vejez o invalidez* en razón de los derechos derivados de la esposa; d) la concesión de aumentos de las prestaciones de larga duración de invalidez, de vejez, de accidente laboral o de enfermedad profesional por la esposa a cargo; e) las consecuencias que resultaren del ejercicio, antes de la adopción de la presente Directiva, de un derecho de opción con objeto de no adquirir derechos o de no contraer obligaciones en el marco de un régimen legal.

La amplitud y distorsión que esta facultad lleva consigo, ha llevado al Tribunal a señalar que, al tratarse de una excepción, estas excepciones deben interpretarse restrictivamente<sup>44</sup>. Según la jurisprudencia del Tribunal de Justi-

cia la excepción se refiere solamente a las: a) discriminaciones que sean objetivamente necesarias para garantizar que el equilibrio financiero del régimen de pensiones no se vea comprometido, b) en otras prestaciones, para evitar que se ponga en peligro el equilibrio financiero del sistema de Seguridad Social o c) para garantizar la coherencia entre el régimen de pensiones de jubilación y el régimen de las demás prestaciones<sup>45</sup>.

### C. Obligaciones de los Estados miembros

1. Para finalizar, señalar que la Directiva 79/7/CEE contempla una serie de obligaciones a cargo de los Estados miembros de modo disperso en su articulado. En síntesis estas obligaciones básicas consisten en la supresión de las disposiciones legislativas, reglamentarias y administrativas contrarias al principio de igualdad de trato (art. 5) y en el establecimiento de recursos en vía judicial de las personas discriminadas para hacer valer sus derechos (art. 6).

El parecido de este último artículo con el de la misma numeración de la Directiva 76/207/CEE y el hecho de que, sobre la base del mismo se haya concedido el pago de intereses sobre la cantidad abonada en concepto de indemnización por un despido discrimina-

jubilación diferente según el sexo, esta disposición le faculta también para establecer que los trabajadores por cuenta ajena de una *empresa en crisis* tengan derecho a un crédito de cotizaciones complementarias de jubilación de un máximo de cinco años a contar desde la fecha de inicio de su jubilación anticipada hasta el momento en que cumplan la edad en que nace su derecho a la pensión de jubilación 55 años para mujeres y 60 hombres puesto que *la diferencia según el sexo que existe en el modo de calcular las prestaciones de jubilación anticipada está objetiva y necesariamente vinculada a la fijación de una edad de jubilación diferente para los hombres y las mujeres*.

<sup>45</sup> Al respecto *vid.* STJCE de 11 de agosto de 1995, Asunto 92/94, Secretary of State for Social Security, Chief adjudication Officer contra Rose-Graham y otros.

<sup>44</sup> STJCEE de 30 de enero de 1997, Asunto 139/95, Livia Balestra contra Istituto nazionale della previdenza sociale INPS, DOCE C 74/1997, de 8 de marzo: excepción admitida a la Directiva y al principio de igualdad de trato: si un Estado miembro ha fijado una edad de

torio (Marshall II C-271/91) provoca que, en el asunto *Sutton*, el Tribunal tenga que pronunciarse sobre si esta doctrina es extrapolable y puede aplicarse a los fines de obtener el pago de intereses sobre cantidades percibidas en concepto de atrasos de una prestación de Seguridad Social incluida dentro del ámbito de la Directiva 79/7/CEE. Según el Tribunal de Justicia, el art. 6 de la 76/207 «debe interpretarse en el sentido de que se opone a que la reparación del perjuicio sufrido por una persona a causa del despido discriminatorio esté limitada por la falta de intereses destinados a compensar la pérdida sufrida por el beneficiario de la reparación, debido al transcurso del tiempo hasta el pago efectivo del capital concedido», es decir impone el pago de intereses sobre la cantidad abonada en concepto de indemnización por un despido discriminatorio pero precisa que esta doctrina no es de aplicación al caso analizado porque en el despido la indemnización trata de reparar un perjuicio sufrido como consecuencia de un despido discriminatorio mientras que en el pago de prestaciones se trata de comprobar si se cumplen o no los requisitos legales establecidos y las cantidades pagadas en absoluto tienen el carácter de reparación de un perjuicio sufrido. Por consiguiente, «aunque el art. 6 de la Directiva 79/7/CEE obliga a los Estados miembros a adoptar las medidas necesarias para que toda persona que se considere víctima de una discriminación prohibida por la Directiva en el marco de la concesión de prestaciones de Seguridad Social pueda conseguir que se declare la ilegalidad de dicha discriminación y obtener el abono de las prestaciones a las que habría tenido derecho de no haberse producido aquélla, el pago de intereses sobre los atrasos de prestaciones no puede considerarse un elemento esencial del derecho así definido»<sup>46</sup>.

<sup>46</sup> STJCEE de 22 de abril de 1997, Asunto 66/95, *The Queen versus Secretary of State for Social Security*, ex parte: Eunice Sutton, DOCE C 199/1997, de 28 de junio.

### 3. PRINCIPIO DE IGUALDAD DE TRATO Y REGIMENES PROFESIONALES. LAS MODIFICACIONES INTRODUCIDAS POR LA LA DIRECTIVA 96/97/CE<sup>47</sup>

#### A. Protección básica y protección complementaria: una relación ineludible en la aplicación de la igualdad de trato

1. La aplicación del principio de igualdad de trato comunitario en materia de regímenes profesionales<sup>48</sup> es producto de dos interrelaciones: la que se produce entre la protección básica y la complementaria y la que tiene lugar entre el poder legislativo y el poder judicial. En efecto, la conexión entre la protección básica y la complementaria de Seguridad Social ha condicionado la aplicación de este principio en el ámbito comunitario, tanto, al menos, como lo hiciera en aquellas legislaciones nacionales en las que el mismo rige. Desde que en la elaboración de la Directiva 75/117 sobre igualdad salarial<sup>49</sup> se pre-

<sup>47</sup> Este apartado ha sido redactado por LOURDES LÓPEZ CUMBRE.

<sup>48</sup> En el análisis se utilizarán indistintamente los términos profesional y complementario por entender que las pensiones se encuentran vinculadas normalmente a los ingresos del trabajador y, por tanto, a una ocupación profesional, tal y como en su día expresara la Comunicación de la Comisión al Consejo sobre *Sistemas complementarios de Seguridad Social: el papel de los sistemas de jubilación profesionales en la protección social de los trabajadores y sus implicaciones para la libre circulación*, Bruselas, 6 sept. 91 y cuyo texto puede ser consultado en RTSS núm. 2, 1991, págs. 183-205.

<sup>49</sup> Relación de Directivas citadas: Directiva 75/117/CEE, del Consejo, de 10 de febrero de 1975, relativa a la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a la aplicación del principio de igualdad de retribución entre los trabajadores masculinos y femeninos DO L 045, 19 de febrero de 1975, última modificación en DO L 001, 3 de enero de 1994; Directiva 76/207/CEE, del Consejo, de 9 de febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad

tendiera la incorporación de los regímenes profesionales por su aparente consideración como salario del trabajador hasta que, posteriormente, la Directiva 76/207 relativa a la igualdad en el empleo excluyera la Seguridad Social de su ámbito de aplicación, considerando como tal a los regímenes profesionales, la relación ha resultado incuestionable. Incluso una de las Propuestas de Directiva 79/7 sobre igualdad en materia de Seguridad Social, analizada con anterioridad, establecería la aplicación de la misma a todos los regímenes de protección social, ya fueran legales o profesionales, públicos o privados. Semejante proyecto sería descartado finalmente en la redacción definitiva de la misma a cambio de admitir un plazo excepcionalmente largo de tres años para su completa entrada en vigor,

de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo, DO L 039, 14 de febrero de 1976, última modificación en DO L 001, 3 de enero de 1994; 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, DO L 006 de 10 de enero de 1979, última modificación en DO L 001 3 de enero de 1994; Directiva 86/378/CEE del Consejo, de 24 de julio de 1986, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes profesionales de Seguridad Social DO L 225, 12 de agosto de 1986, modificada recientemente por la Directiva 96/97, 20 de diciembre de 1996, DO L 046, 17 de febrero de 1997.; Directiva 96/97/CE de 20 de diciembre de 1996 por la que se modifica la Directiva 86/378/CEE relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes profesionales de Seguridad Social DO L 046, 17 de febrero de 1997; Directiva 97/80/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa a la carga de la prueba en los casos de discriminación por razón de sexo DO L 14, 20 de enero de 1998; Directiva 98/49/CE del Consejo, de 29 de junio de 1998, relativa a la protección de los derechos de pensión complementaria de los trabajadores por cuenta ajena y los trabajadores por cuenta propia que se desplazan dentro de la Comunidad DO L núm. 209, de 25 de julio de 1998.

ante la extrañeza de la doctrina<sup>50</sup> que recurriría a la eficacia directa del art. 119 del Tratado para garantizar la igualdad de trato en los regímenes profesionales.

Con todo, la conexión más palmaria se realiza en la propia definición de estos últimos considerados como «aquellos *no regulados por la Directiva 79/7* cuya finalidad sea proporcionar a los trabajadores, por cuenta ajena o autónomos, agrupados en el marco de una empresa o de un grupo de empresas de una rama económica o de un sector profesional o interprofesional, prestaciones destinadas a completar las prestaciones de regímenes legales o a sustituirlas tanto si la adscripción a dichos regímenes fuere obligatoria como si fuere facultativa» (art. 2 Directiva 86/378 en la modificación introducida por la Directiva 96/97). Regímenes que, sin embargo, se encuentran integrados en el sistema de Seguridad Social en tanto «regímenes profesionales de Seguridad Social» por cuanto sus prestaciones vienen a reemplazar o complementar las previstas por los regímenes legales. Y a pesar de que no prosperen aquellas medidas dirigidas a englobar en una misma Directiva la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres tanto en los regímenes legales como en los profesionales [Propuesta de Directiva, 23 de octubre de 1987, COM (87) 494 final].

2. La imbricación entre el poder legislativo y judicial, en segundo lugar, ha determinado la actual regulación de este principio en la Directiva 96/97 que constituye claramente una recopilación de la aplicación e interpretación que el TJCEE había efectuado de la Directiva 86/378 relativa al principio de

<sup>50</sup> LAURENT, A., «La Directive communautaire sur l'égalité de traitement entre hommes et femmes», *Droit Social*, núm. 6, 1979, pág. 243 y J. LÓPEZ GANDÍA, «La Directiva comunitaria 78/7, 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», *op. cit.*, pág. 157.

igualdad de trato en los regímenes profesionales, modificada hoy por aquélla. Desde que la Sentencia Barber (1990) confirmara de forma contundente la aplicación directa del art. 119 del Tratado por considerar las pensiones de empresa o profesionales como una forma más de retribución<sup>51</sup>, la eficacia de la Directiva

86/378 sería puesta en cuestión, alegando la nulidad parcial de la misma. En especial en lo que se refiere a la posibilidad que dicha Directiva otorgaba a los Estados miembros (art. 9) de aplazar la aplicación obligatoria del principio de igualdad en tres aspectos: a) la fijación de la edad de jubilación para la concesión de pensiones de vejez y jubilación y que será aplazada bien hasta la fecha en la que dicha igualdad se realice en los regímenes legales —para aquellos Estados que aún mantuvieran edades diferentes de jubilación según el sexo— o bien, como máximo, hasta que una Directiva imponga dicha igualdad; b) las pensiones de sobrevivientes, hasta que una Directiva imponga la igualdad de trato sobre dicha materia en los regímenes legales de Seguridad Social; y c) el recurso a cálculos actuariales diferentes en los regímenes de prestaciones definidas, en cuyo caso se postpone la plena aplicación de la Directiva 86/378 hasta un plazo máximo de trece años a partir de la notificación de la misma.

De ahí que la aplicación directa del art. 119 del Tratado impuesta por la Sentencia Barber y de prevalente aplicación sobre la Directiva mencionada en tanto derecho originario, tuviera, al menos, tres efectos iniciales de gran entidad. En primer lugar, su ilimitada aplicación, es decir, la posibilidad de ser invocado dicho precepto por los particulares —trabajadores o sus derechohabientes— tanto frente a em-

<sup>51</sup> Relación de Sentencias citadas: BARBER: STJCEE 17 de mayo de 1990, Causa 262/88, Douglas Harvey Barber contra Guardian Royal Exchange Assurance Group, Rec. 1990, págs. 1889-1958; BILKA-KAUFHAUSS: STJCEE 13 de mayo de 1986, Causa 170/84, BILKA KAUFHAUSS GmbH contra Karin Weber von Hartz. Budensarbeitsgericht, Rec. 1986, págs. 1607-1631; BIRDS EYE WALLS: STJCEE 9 de noviembre de 1993, Causa C-132/92, Birds Eye Walls LTD contra Friedel M. Roberts, Rec. 1993, págs. 5579-5609; BURTON: STJCEE 16 de febrero de 1982, Causa 19/81, Arthur Burton contra British Railways Board, Rec. 1992, págs. 555-592; COLOROLL: STJCEE 28 de septiembre de 1994, Causa 200/91, COLOROLL Pensions Trustees, Rec. 1994, págs. 4389-4434; DEFRENNE/71: STJCEE 25 de mayo de 1971, Causa 80/70, Defrenne contra Bélgica, Líneas Aereas Sabena, Rec. 1971, págs. 445-464; DEFRENNE/76: STJCEE 8 de abril de 1976, Causa C-43/75, Gabrielle Defrenne contra Societé Anonyme Belge de Navigation Aérienne Sabena, Rec. 1976, págs. 0455-0483; DIETZ: STJCEE 24 de octubre de 1996, C-435/93, Dietz contra Stichting Thuiszorg Rotterdam, Rec. 1996, págs. 5223-5259; FISSCHER: STJCEE 28 de septiembre de 1994, Causa C-128/93, Geertruida Catharina Fisscher contra Voorhuis Hengelo BV y Stichting Bedrijfspensioenfonds voor de Detailhandel, Rec. 1994, págs. 4583-4603; GARLAND: STJCEE 9 de febrero de 1982, Causa 12/81; HELMIG: STJCEE 15 de diciembre de 1994, Causas acumuladas C-399/92, C-409/92, C-425/92, C-34/93, C-50/93 y C-78/93, Rec. 1995, págs. 1201-1233; JENKINS: STJCEE 31 de enero de 1981, Causa C-96/80, J. P. Jenkins contra Kingsgate Clothing Productions LTD., Rec. 1981, págs. 0911-0928; MAGORRIAN: STJCEE 11 de diciembre de 1997, Causa C-246/96, Magorrian y Cunningham contra Eastern Health and Social Services Board y Department of Health and Social Service, Rec. 1997, págs. 7153-7189; MARSHALL: STJCEE, 26 de febrero de 1986, Causa 152/84, M.H. Marshall contra Southampton and Sout-West Hapshire Area Health Authority Teaching, Rec. 1986, págs. 723-751; MORONI: STJCEE 14 de diciembre de 1993, Causa C-110/91, Michael Moroni contra Collo GmbH, Rec. 1993, págs. 6591-6620; NEATH: STJCEE 22 de diciembre de 1993, Causa C-152/91, David Neath contra Hugh Steeper LTD., Rec. 1993, págs. 6935-6964; NIMZ: STJCEE, 7 de febrero de 1990, Causa C-184/89,

Rec. 1990, págs. 285-305; ROBERTS: STJCEE 26 de febrero de 1986, Causa 151/84, Joan Roberts contra Tate & Lyle Industries Limited, Rec. 1986, págs. 703-722; SCHMIDT: STJCEE 28 de septiembre de 1994, Causa C-408/92, Constance Christina Ellen SCHMIDT y otros contra Avdel Systems LTD, Rec. 1994, págs. 4435-4470; TEN OEVER: STJCEE 6 de octubre de 1993, Causa C-109/81, Gerardus Cornelis Ten Oever contra Stichting Bedrijfspensioenfonds voor het Glazenwasers en Schoonmaarkberijd, Rec. 1993, págs. 4879-4946; VROEGE: STJCEE 28 de septiembre de 1994, Causa C-57/93, Anna Adriantje Vroege contra NCIV Instituut voor Volkshuisvesting BV y Stichting Pensioenfonds NCIV, Rec. 1994, págs. 4541-4581; VAN DER AKKER: STJCEE 28 de septiembre de 1994, Causa 28/93, Rec. 1994, págs. 4527-4540.

presarios privados —efecto horizontal, en las relaciones entre privados— como públicos —o efecto vertical, en las relaciones entre particulares y la Administración— (Sentencia Defrenne/81 y Sentencia Jenkins), a diferencia de los preceptos de la Directiva 86/378 que, como cualquier Directiva, no disponen de efecto directo entre personas privadas (Sentencia Marshall). Y no sólo frente a empleadores sino también contra regímenes de pensiones que gocen de autonomía plena con respecto a la empresa (Sentencia Coloroll). En segundo lugar, la aplicación del art. 119 del Tratado trastocaría los planes previstos por la Directiva 86/378 de entrada en vigor progresiva o a largo plazo —«hasta que una Directiva imponga el principio de igualdad» o «trece años a partir de la notificación»—, pudiendo deparar consecuencias financieras muy negativas para los fondos de pensiones de algunos países. En tercer lugar, este tipo de pronunciamientos excederá la cuestión de indiscriminación por cuanto al asimilar las pensiones privadas a una remuneración, se confirma, al margen de los efectos del principio de igualdad de trato que las «promesas» de los empleadores generan derechos ciertos —adquiridos o en curso de adquisición— para los trabajadores y sus sobrevivientes<sup>52</sup>. Y, por último, una manifestación de más alcance al observar que la expansión del principio de igualdad se ha realizado en gran medida a partir del principio de igualdad de retribución<sup>53</sup>.

3. Un efecto de gran envergadura que sería contrarrestado con dos tipos de decisiones «de contención», una de orden judicial y otra de naturaleza política. Y así, la Sentencia Barber aceptaría un ámbito limitado de actuación destinado, por un lado, tan sólo a los trabajadores por cuenta ajena y, por otro, úni-

<sup>52</sup> VOIRIN, M., «Los regímenes de pensiones privados y públicos: claves para un enfoque comparativo», *RISS*, vol. 3-4, 1995, pág. 146.

<sup>53</sup> QUINTANILLA NAVARRO, B., *Discriminación retributiva*, Marcial Pons, Madrid, 1996, pág. 132.

camente a los períodos de empleo posteriores a este pronunciamiento, fechado el 17 de mayo de 1990. Con una sola excepción, la de aquellos trabajadores o derechohabientes que, antes de dicha fecha, hubieran entablado una acción judicial o planteado una reclamación equivalente según la legislación nacional. Exclusivamente para estos supuestos los efectos retroactivos se extenderán o bien hasta el 8 de abril de 1976, momento en el que se declara la aplicabilidad directa del art. 119 del Tratado o, en su caso, hasta la fecha de adhesión al Tratado del Estado en cuestión, debiendo cubrir todas las prestaciones derivadas de períodos de trabajo realizado después de esa fecha. La vertiente política no se haría esperar a través de la adopción de un protocolo especial al Tratado de Maastricht —«Protocolo sobre el artículo 119 del Tratado constitutivo de la Comunidad Europea»—, avalado por todos los Estados con excepción del R. Unido, que serviría para añadir un nuevo párrafo al originario art. 119 del Tratado «en el que se consolidará», a nivel legal, lo que ya la jurisprudencia comunitaria había consagrado. De esta forma, «A los fines de aplicación del artículo 119, las prestaciones en virtud de un régimen profesional de Seguridad Social no se considerarán retribución en el caso y en la medida en que puedan asignarse a los períodos de empleo anteriores al 17 de mayo de 1990, excepto en el caso de los trabajadores o sus derechohabientes que, antes de esa fecha, hubieran incoado una acción ante los Tribunales o presentado una reclamación equivalente según el Derecho nacional de aplicación».

El art. 2 de la Directiva 96/97 reproduce prácticamente estos términos, realizando, al menos, tres puntualizaciones de interés; la primera, que, en el supuesto de que proceda la retroacción de los efectos a 1976, las medidas adoptadas deberán cubrir todas las prestaciones derivadas de períodos de trabajo después de esa fecha; en segundo lugar, que para aquellos Estados miembros cuya adhesión se haya producido con posterioridad a di-

cha fecha, la fecha será sustituida por aquella en la que empiece a ser aplicable en su territorio el art. 119 del Tratado; con una salvedad y es que, para aquellos Estados que se hubieran incorporado con posterioridad al 17 de mayo de 1990 y que a 1 de enero de 1994 pasaran a formar parte del Acuerdo sobre el Espacio Económico Europeo —Austria, Finlandia y Suecia—, la fecha de 17 de mayo de 1990 se sustituirá por la de 1 de enero de 1994; y, por último, la posibilidad de oponer a los beneficiarios o a sus derechohabientes los plazos de recursos señalados en el ordenamiento interno siempre que cumplan dos requisitos: haber incoado la acción antes del 17 de mayo de 1990 y que no resulten menos favorables, imposibilitando en la práctica el ejercicio del Derecho comunitario.

### **B. Igualdad en la remuneración como elemento determinante de la aplicación del principio de igualdad en la protección complementaria**

1. La aplicación del principio de igualdad en la protección complementaria ha sufrido una clara evolución que la ha hecho emerger desde una consideración indirecta —igualdad en la remuneración— hacia una consideración directa —igualdad en la protección—. La inexistencia de un precepto general que consagre el principio de igualdad, en contraposición a las legislaciones nacionales que a través de su reconocimiento constitucional protegen todo el ordenamiento interno contra cualquier vulneración de dicho principio, obliga en el ámbito comunitario a ir especificando las materias en que aquél es susceptible de aplicación y propicia conflictos judiciales de no vana trascendencia.

Como acaba de apuntarse, la inicial consideración de los regímenes profesionales se haría a través del art. 119 del Tratado, garante de la igualdad en materia salarial —aunque con un precedente no irrelevante como el

Convenio núm. 100 de la OIT de 1951— y claro destello de una aparente inquietud social entre tanta supremacía económica que caracteriza a la actual Unión Europea y a su originaria Comunidad «Económica» Europea. Calificativo tan prudente, el de «aparente inquietud» que se explica porque el establecimiento de esta obligación de igualdad salarial respondía claramente a la zozobra de algunos países que, como Francia, se hallaban constreñidos a unas férreas disposiciones antidiscriminatorias en materia salarial —obstaculizadoras de la infrarretención de la mano de obra femenina—, que podían entorpecer de manera ostensible su competitividad en el mercado comunitario<sup>54</sup>. Una falsa inquietud que únicamente será compensada con la amplia definición de retribución contenida en el precepto de referencia y que no sólo extiende su protección al salario sino a «cualesquiera otras gratificaciones satisfechas, directa o indirectamente, en dinero o en especie, por el empresario al trabajador en razón de la relación de trabajo».

Mas la primera manifestación de la relación entre pensión-remuneración no vendrá tanto impuesta para contextualizar y definir a los regímenes profesionales sino para precisar algunos aspectos sobre sus complementados regímenes legales (Sentencia Defrenne/71). La regulación de estos últimos por ley —a diferencia de los regímenes profesionales, convencional o unilateralmente establecidos—, de aplicación obligatoria a categorías generales de trabajadores —en contraste con los regímenes profesionales, generalmente voluntarios y limitados a determinadas categorías de trabajadores— y su financiación compartida por los poderes públicos —que aleja a estas pensiones de la estrecha relación contractual entre empresarios y trabajadores y las aproxima más a consideraciones de política socioeconómica— contribuyen definitivamente a advertir una naturaleza distinta a la no-

<sup>54</sup> FERNÁNDEZ DE LA VEGA, M.T., «El principio de igualdad», *op. cit.*, pág. 54.

ción de gratificación directa o indirecta en salario o en especie que conforma el contenido del concepto de retribución. Una manifestación tan rotunda en relación a los regímenes legales permite afirmar *sensu contrario* que los regímenes profesionales sí se encuentran, por contra, incluidos en esta definición. Pero será necesario esperar hasta la Sentencia Bilka-Kaufhauss para que el TJCEE se manifieste con toda la precisión necesaria y determine que las pensiones profesionales —y, por tanto, todas las formas de prestación ofrecidas por regímenes profesionales de Seguridad Social [incluidos los beneficios concedidos tras la jubilación (Sentencia British Rail Engineering Ltd)]— constituyen un elemento de remuneración, siéndoles de aplicación directa, esto es, sin necesidad de desarrollo o concreción alguna, el art. 119 del Tratado.

2. La restricción de esta interpretación tan sólo a las discriminaciones directas que tienen su origen en normas legales o en acuerdos colectivos o individuales y que pueden ser detectadas con un mero análisis de la situación en cuestión (Sentencia Defrenne/76) dejaba al margen, sin embargo, las discriminaciones más habituales en materia salarial: las discriminaciones indirectas. Sabido es que la vulneración del principio de igualdad puede darse especialmente en esta materia tanto de forma directa como a través del recurso a la discriminación indirecta. En el primer caso, porque la normativa reguladora mantiene una serie de excepciones expresas al principio de igualdad que justifican una aplicación progresiva y no inmediata de dicha regulación. De forma indirecta, porque buena parte de las diferencias entre sexos en materia de protección complementaria no se aprecian si no es a través de las diferencias retributivas o de condiciones de empleo o de contratación de las mujeres respecto de los hombres, constituyendo la discriminación indirecta el instrumento habitual para el mantenimiento de las desigualdades de trato.

Basadas estas últimas en una medida que afecta a grupos de trabajadores de un solo

sexo y no a una persona en concreto (Sentencia O'Broin) y con intencionalidad probada en causar el efecto discriminatorio (Sentencia Jenkins), es éste un concepto cuya definición legal no ha sido fácil de elaborar. Con ayuda de teorías ya contrastadas, como la americana sobre el impacto adverso —que incide sobre el efecto adverso del acto discriminatorio—, la francesa de la discriminación oculta —referida a la existencia de un elemento intencional— o la británica de la discriminación indirecta —que centra su atención en la proporcionalidad objetiva del resultado— han sido principalmente la doctrina científica y la jurisprudencia comunitaria quienes han perfilado con más exactitud los rasgos definidores de este tipo de discriminación ante una mera referencia genérica en esta materia del art. 4 de la Directiva 79/7 a las «discriminaciones directas o indirectas».

Aprovechando algunas manifestaciones previas, como la que expresó la Comisión al calificar como discriminación indirecta el hecho de que «una medida, aparentemente neutral, afecte predominantemente a trabajadores de un mismo sexo, sin que sea necesario que tal discriminación sea intencionada» [Informe sobre la Directiva 79/7/CEE, COM (83) 793 final, Bruselas, 6 de enero de 1984, pág. 6], el art. 2 de la reciente Directiva 97/80/CEE sobre determinación de la carga de la prueba en supuestos de discriminación entiende por discriminación indirecta el hecho de que «una disposición, criterio o práctica aparentemente neutro afecte a una proporción sustancialmente mayor de miembros de un mismo sexo, salvo que dicha disposición, criterio o práctica no resulte adecuado y necesario y pueda justificarse con criterios objetivos que no estén relacionados con el sexo». En tanto la aplicación de esta nueva Directiva se hace sobre las situaciones cubiertas por el art. 119 del Tratado y las prestaciones de regímenes profesionales se incluyen en este precepto, dicha Directiva resultará de aplicación a esta materia. Por tanto, cuando se demuestre con datos estadísticamente significativos que una

práctica del empresario produce efectos desfavorables sobre los miembros de un determinado grupo —mujeres como grupo mayoritario, entre los trabajadores a tiempo parcial o entre los trabajadores con menor antigüedad, etc.— deberá el empresario probar la existencia de razones justificativas de la medida adoptada, en grado suficiente como para excluir el carácter discriminatorio de la misma [que, sin embargo, el Tribunal no ha apreciado cuando se ha previsto la protección complementaria para el supuesto de superación de la jornada normal de trabajo establecida para los trabajadores a tiempo completo, en su mayoría de sexo masculino (Sentencia Helmig)]. Obsérvese que para el cumplimiento de la doctrina judicial es necesaria la utilización de un concepto amplio de retribución que «incluye todas las ventajas, actuales o futuras, en metálico o en especie, siempre y cuando sean pagadas por el empresario al trabajador en razón del empleo de este último» y con independencia de que la empresa no esté obligada a dicha mejora por contrato (Sentencia Garland, en la que el Tribunal obliga a la empresa a mantener las ventajas en el transporte de las que disfrutaban las trabajadoras y que desaparecen con la jubilación, subsistiendo para los empleados jubilados de sexo masculino).

### C. Contenido del principio de igualdad de trato aplicado a la protección complementaria

En el ámbito de la protección complementaria tres son los puntos en los que la jurisprudencia comunitaria ha debido incidir más: la igualdad en el acceso a los regímenes complementarios, la igualdad en la contribución a los mismos y la igualdad en las prestaciones derivadas de dicha protección. Con intensidad bien diversa. Respecto de la indicada en primer lugar, ha prevalecido una actuación más firme debido a la mayor discriminación indirecta que sufre la mujer en tanto colectivo protagonista del trabajo a tiempo

parcial; en el segundo supuesto, la intervención se relativiza por cuanto existe un cierto equilibrio ante la exigencia y la aceptación por trabajadores y empresarios de una contribución igual para ambos sexos; mientras que, en el último, la relación llega incluso a invertirse a favor de las trabajadoras al disfrutar éstas de prestaciones por más tiempo y, en ocasiones y como consecuencia de ello, de mayor cuantía.

#### a) *Igualdad en el acceso a los regímenes complementarios*

1. Ante las diferencias veladas de trato, la igualdad en el acceso se impondría con firmeza a raíz de la Sentencia Bilka-Kaufhaus, decisión reiterada por las Sentencias Vroege y Fisscher. En virtud de dichos pronunciamientos la existencia de una vulneración al principio de igualdad quedará confirmada cuando la exclusión del beneficio de una pensión profesional a los trabajadores a jornada parcial, financiada exclusivamente por el empresario, afecte de forma mayoritaria a las trabajadoras (o cuando se compruebe que éstas son discriminadas en el acceso al empleo por establecer una edad máxima —27 años— en la que es habitual que la mujer se encuentre fuera del mercado de trabajo por el cuidado de los hijos; la Sentencia O'Broin obligará a elevar dicha edad a los 50 años). Admitiendo, con carácter general, que el empresario pueda justificar la medida por razones objetivas ajenas a cualquier intención discriminatoria.

La aplicación de esta Sentencia a este punto resulta, con todo, un tanto polémica. En efecto, teniendo en cuenta que la limitación de los efectos de la Sentencia Barber —recuérdese, excluyendo los efectos en estos regímenes profesionales de los períodos de empleo anteriores al 17 de mayo de 1990— no se aplica al derecho de participación en un plan de pensiones de empresa —regido exclusivamente por el pronunciamiento del

TJCEE en *Bilka-Kaufhauss*—, el recurso al art. 119 del Tratado puede complicar sobremanera una decisión al respecto. En tanto la Sentencia *Bilka-Kaufhauss* no ha previsto ninguna limitación de sus efectos en el tiempo, la aplicación directa del art. 119 del Tratado puede ser alegada con el fin de exigir retroactivamente la igualdad de trato en relación al mencionado derecho a participar en un plan de pensiones; y ello, como se concretó, a partir del 8 de abril de 1976, fecha en que la Sentencia *Defrenne/76* reconoce por primera vez el efecto directo del art. 119 del Tratado. Con lo que, en conclusión, nada impediría retrotraer esa participación en el plan de pensiones del colectivo discriminado a 1976 (*Bilka-Kaufhauss*), en lugar de a 1990 (*Barber*), siempre que dicha participación vaya acompañada del pago de las primas correspondientes al período de participación de que se trate y que exige al juez y al legislador nacional la determinación de los medios para cubrir el coste de la igualdad de trato, en el supuesto de que el activo previsto sea insuficiente (Sentencia *Coloroll*). No en vano, como señala la Sentencia *Dietz*, la afiliación a un plan carecería de interés si no le confiriera un derecho a percibir las prestaciones reconocidas por el plan de que se trate. De tal forma que el derecho a percibir una pensión de jubilación en virtud de un plan de pensiones se halla indisolublemente vinculado al derecho a participar en dicho plan.

2. De ahí que el ámbito subjetivo de la Directiva 86/378, en su nueva versión tras la Directiva 96/97, mantenga un alcance amplio y únicamente en relación a determinados elementos referidos a los trabajadores autónomos, como en el último apartado se comprobará, restrinja su aplicación. Y así, esta Directiva se extiende a la población activa, incluidos los trabajadores autónomos (que sólo en relación a sus contratos individuales o a los regímenes de un solo miembro son excluidos de su aplicación), los trabajadores cuya actividad se vea interrumpida por enfermedad, maternidad, accidente o paro involuntario y a las per-

sonas que busquen empleo, a los trabajadores jubilados, a los trabajadores inválidos así como a los derechohabientes de dichos trabajadores según la legislación o la práctica nacional (art. 3 Directiva 86/378, tras la Directiva 96/97). Términos muy similares a los utilizados por la Directiva 79/7, constatándose de nuevo esa íntima conexión apuntada entre regímenes legales y profesionales.

Por su parte, algunos pronunciamientos judiciales han matizado aspectos nada intrascendentes como, por ejemplo, el hecho de que el art. 119 no se aplique a los regímenes que han tenido siempre miembros de un único sexo o que este artículo pueda ser invocado tanto por los trabajadores como por sus caushabientes frente a los fiduciarios —organismos gestores de los regímenes profesionales— en tanto las obligaciones del empresario, en este caso el respeto al principio de igualdad, pasan a los fiduciarios (Sentencias *Ten Oever*, *Moroni*, *Neath* y *Coloroll*). La prohibición se extiende, por lo demás, no sólo a la discriminación que tiene su origen en una diferencia sexual sino a la que se deriva del estado civil o de la condición familiar, rechazando de esta forma cualquier noción que manifieste una jerarquía en la familia (cabeza de familia, ama de casa, etc).

#### *b) Igualdad en las aportaciones a los regímenes profesionales*

1. En relación a las cotizaciones se impone un tratamiento diferenciado según el origen de las mismas —ya provengan de los trabajadores, ya de los empresarios— y en virtud de la modalidad del régimen en el que participan —en un régimen de aportación definida o en uno de prestación definida—. Respecto de las cotizaciones de los trabajadores no cabe sino aludir a un cumplimiento pleno de este principio debido al entendimiento ya reiterado y consolidado en la jurisprudencia comunitaria de que estas cotizaciones comparten con otros elementos salariales su na-

turalidad retributiva y constituyen parte importante de las negociaciones entre trabajadores y empresarios, por lo que no se justifica el establecimiento de cotizaciones de distinta cuantía sólo por razón de sexo (Sentencia Neath y Sentencia Coloroll). Conclusión que se extiende tanto a las contribuciones efectuadas por los trabajadores a un régimen de prestación definida, en el que la promesa del empresario es una prestación final, como a las que se destinan a un régimen de cotización definida, por cuanto ambos participan de la misma naturaleza retributiva a la que alude el art. 119 del Tratado. De ahí que el art. 6.ª Directiva 86/378, en la versión incorporada al acervo comunitario por la Directiva 96/97, establezca que las cotizaciones de los trabajadores por cuenta ajena a un régimen de jubilación que consiste en garantizar una prestación definida final determinada deban ser de la misma cuantía para todos los trabajadores. De forma más limitada y ante la vaguedad de los pronunciamientos judiciales, prohíbe el establecimiento de niveles diferentes para las prestaciones, salvo en la medida necesaria para tener en cuenta elementos de cálculo actuarial que sean diferentes según el sexo en el caso de los regímenes de cotización definida. No extrañan, pues, decisiones como las de la Sentencia Magorrian en las que el TJCEE estima como discriminatorias situaciones en las que, para obtener una determinada prestación, se obliga a cotizar adicionalmente a quienes trabajan a tiempo parcial, obligación que no se extiende a quienes realizan la prestación a tiempo completo.

Consideración bien distinta a la que ha de hacerse sobre las cotizaciones del empresario y cuyo tratamiento obliga a diferenciarlas según contribuyan a establecer un plan de aportación definida o de prestación definida. Respecto del primer supuesto no puede afirmarse que haya habido un pronunciamiento claro por parte del TJCEE. No obstante, y a la luz de la Sentencia Birds Eye Walls, podría deducirse que cabe admitir la desigualdad en las cantidades empresariales abonadas en

concepto de cotización si el objetivo es igualar o aproximar las cantidades de las prestaciones finales para hacerlas más equitativas entre ambos sexos. Por el contrario, las cotizaciones empresariales destinadas a regímenes de prestaciones definidas aceptan sin paliativos una diferente cuantía en la medida en que se permite la utilización de cálculos actuariales distintos que tengan en cuenta la mayor esperanza de vida de la mujer respecto del hombre. Lo mismo sucede en el caso de la transferencia de los derechos acumulados en virtud del régimen de prestación definida a otro régimen, en especial cuando el trabajador cambia de empleo, debido a que las mujeres necesitan una suma más elevada para adquirir idénticos derechos a los hombres que se encuentran en la misma situación. Y todo ello en atención a un argumento determinante: el TJCEE entiende que estas cotizaciones empresariales o las sumas transferidas de un régimen profesional a otro con motivo de un cambio de empleo quedan excluidas de la protección del art. 119 del Tratado toda vez que se trata de elementos que dependen más de la modalidad de financiación elegida para desarrollar el régimen profesional en cuestión —generalmente la capitalización— que del sistema de retribución vigente en la empresa (Sentencias Neath y Coloroll).

2. Mención especial merece, sin embargo, la conversión de una pensión periódica en capital a tanto alzado, a veces incluso previendo una renuncia a parte o a la totalidad de la pensión garantizada. Aun cuando el TJCEE parece inclinarse en los pronunciamientos destacados (Neath y Coloroll) por una respuesta similar a las modificaciones anteriores —excluyendo, por tanto, esta transformación del ámbito del art. 119 del Tratado— conviene matizar que el cambio de una pensión periódica a una pensión a tanto alzado constituye únicamente la sustitución de una forma por otra, garantizándose en ambos casos la misma protección con modalidades de pago distintas. Si bien, y admitiendo que en los sistemas nacionales estos regímenes reciben

asimismo un tratamiento dispar, es previsible que la tendencia homogeneizadora del TJCEE en este punto se consolide. Tan sólo una excepción parece contradecir esta tendencia y surge en torno a la consideración que merecen las cotizaciones a un régimen profesional que sustituye a un régimen legal. La apreciación inicial coincidiría con la ya apuntada, esto es, manifestando la no aplicación del art. 119 del Tratado en este caso por cuanto, en definitiva, se procede a la sustitución de un régimen legal y la cotización al mismo no puede más que estar homologada a la cotización al régimen legal incluida en el art. 118 del Tratado y excluida del 119 (Sentencia Niustti). Sin embargo, con las Sentencias Bilka-Kaufhauss y Barber el TJCEE no duda en hacer prevalecer la naturaleza retributiva de estos regímenes sobre la finalidad sustitutoria de los mismos. Y así, el hecho de que el sistema de Seguridad Social básico reconozca edades diferentes de jubilación inferiores para las mujeres respecto de los hombres no justifica que, en otro ámbito, el retributivo, no deba garantizarse el principio de igualdad con respecto a cada uno de los elementos de la retribución y no solamente en función de una apreciación global de los beneficios concedidos a los trabajadores. De ahí que el art. 119 del Tratado se oponga a que un hombre despedido por causas económicas sólo pueda optar a una pensión con pago diferido a la edad normal de jubilación mientras que una mujer que se encuentra en las mismas circunstancias pueda hacerlo de forma inmediata, considerando que se incluyen en la protección de este precepto comunitario todas y cada una de las gratificaciones derivadas de dicho despido —indemnización y, en su caso, protección complementaria— e igualando el tratamiento íntegro de estos supuestos con el que recibe el sexo femenino.

No otra puede ser la conclusión cuando tan distinto trato se deduce tanto de la redacción originaria de la Directiva 86/378 como, más claramente y tras los diversos pronunciamientos judiciales señalados, de la refor-

ma operada sobre la misma por la Directiva 96/97 (art. 6.i). En virtud de esta norma se prohíbe establecer niveles diferentes para las cotizaciones de los empresarios salvo «en el caso de los regímenes de cotización, si lo que se pretende es igualar o aproximar los importes de las prestaciones de pensión para ambos sexos; en el caso de regímenes de prestación definida, financiada por capitalización, cuando las cotizaciones patronales estén destinadas a completar la asignación financiera indispensable para cubrir los costes de dichas prestaciones definidas». Soluciones ambas —la legal y la judicial— sin duda criticables dado que se basan, si no únicamente sí fundamentalmente en la diferente expectativa de vida de la mujer. Tal y como puso de relieve la Comisión en el proceso de discusión de la Directiva 86/378, también las diferencias en la expectativa de vida están claramente definidas en categorías de trabajadores masculinos según sus ocupaciones y, sin embargo, éstas generalmente no se tienen en cuenta en los cálculos. Razón por la que no se entiende que deba hacerse una excepción sólo en el caso de trabajadoras y no de trabajadores. Por lo demás, la expectativa de vida de las mujeres se analiza estadísticamente con referencia a toda la población femenina pero lo cierto es que las trabajadoras representan sólo una minoría de esta población y todo apunta a que su expectativa de vida no se corresponde con el promedio total utilizado<sup>55</sup>.

Ha de señalarse asimismo que la Directiva 96/97 no incluye en su ámbito de aplicación ni a los contratos de seguro en los que no participe el empresario —tanto si se trata de trabajadores autónomos como de trabajadores por cuenta ajena— ni a las disposiciones opcionales de los regímenes profesionales que se ofrezcan individualmente a los participan-

<sup>55</sup> VERDES LÓPEZ-DIÉGUEZ, P., «El principio de igualdad de trato hombre-mujer en los regímenes profesionales de Seguridad Social», *Noticias CEE*, núm. 36, 1988, pág.100.

tes ni a los regímenes profesionales en la medida en que las prestaciones se financien a partir de las contribuciones abonadas por los trabajadores con carácter voluntario (art. 2.2. Directiva 86/378, tras la Directiva 96/97). Sin embargo, nada impide que a estas prestaciones suplementarias que se derivan de las aportaciones efectuadas con carácter meramente voluntario por los trabajadores por cuenta ajena les sea de aplicación el art. 119 Tratado.

3. La reciente regulación sobre la protección de los derechos de pensión complementaria de los trabajadores por cuenta ajena y los trabajadores por cuenta propia que se desplazan dentro de la Comunidad (Directiva 98/49) reincide en la necesidad de respetar el principio de igualdad de trato en esta materia. Atendiendo a la consideración como libertad fundamental de la Comunidad de la libre circulación de las personas y, por ende, de los trabajadores, esta Directiva, cuya tramitación ha seguido un complicado proceso negociador<sup>56</sup>, establece las bases para garantizar derechos de protección social no cubiertos por regímenes obligatorios de pensiones. Una de las garantías principales radica en la igualdad de trato de los trabajadores que se desplazan y a los trabajadores cuya empresa se desplaza de un Estado miembro respecto de los trabajadores que permanecen en el mismo Estado miembro y con los que cambian de empresa pero permanecen en el interior de un mismo Estado miembro. Necesidad que además no sólo se circunscribe a los trabajadores por cuenta ajena sino a los trabajadores por cuenta propia, cuya libertad de circulación se garantiza en idénticos términos. Y que se extiende consecuentemente a la garantías de igualdad de trato en el mantenimiento de los derechos de

pensión adquiridos en virtud de regímenes complementarios.

De acuerdo con esta exigencia, los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar a los afiliados para los que hayan dejado de abonarse cotizaciones a un régimen complementario de pensión como consecuencia de su desplazamiento de un Estado miembro a otro, el mantenimiento de los derechos de pensión adquiridos a un nivel comparable al nivel de que se benefician los afiliados respecto de los cuales se deje de cotizar pero que permanecen en el mismo Estado miembro. Este requerimiento será asimismo aplicable a otros posibles beneficiarios con arreglo a las normas del régimen complementario de pensión de que se trate (art. 4). El reconocimiento transfronterizo de los derechos adquiridos en el país de origen respecto del país de destino no se muestra, sin embargo, como un objetivo fácil. Las reticencias de los Estados para movilizar capital abonado en un país que ha de ser compensado en otro país distinto son muchas y no tanto por la repercusión económica del movimiento de capital apuntado sino por la envergadura fiscal de este tipo de actuación.

### *c) Igualdad en las prestaciones devengadas por los regímenes profesionales*

1. Como consecuencia de todo lo anterior, la diferencia en la cuantía de las pensiones no podrá venir derivada de la distinta condición sexual sino que vendrá determinada por la diferente trayectoria de cotización y contributividad de cada uno de los sujetos, sin eludir que en dicho proceso las diferencias sexuales pueden tener incidencia de acuerdo con lo expuesto. Y si así se deducía ya de los diversos pronunciamientos judiciales habidos en la materia, la Directiva 96/97 ha venido a ratificar dicha conclusión.

<sup>56</sup> LÓPEZ CUMBRE, L., «La protección social complementaria en el ámbito de la Unión Europea», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales. Serie «Derecho social Internacional y Comunitario»*, núm. 7, 1997, págs. 137-181.

En efecto, esta Directiva no ha dudado en confirmar que el art. 119 no se opone a que un empresario conceda a personas que ya han alcanzado la edad de la jubilación para la obtención de una pensión profesional -no así para la jubilación legal- un complemento de pensión con objeto de igualar o acercarse al importe de las prestaciones globales en relación a las personas del sexo opuesto que se encuentren en la misma situación y que hubieran alcanzado ya la edad de jubilación legal, al menos hasta que los beneficiarios del complemento alcancen la edad de jubilación legal (nuevo párrafo 3 del art. 2 Directiva 86/378). El TJCEE había sido explícito en este campo considerando que, a efectos del cálculo de la cuantía de una pensión transitoria que el empresario abona a los trabajadores por cuenta ajena que hayan obtenido la jubilación anticipada por razones de salud, el art. 119 del Tratado no se opone a que se tenga en cuenta la cuantía de la pensión del régimen legal que se percibirá más adelante ni a que, en consecuencia, la cuantía de la pensión transitoria sea reducida. Incluso pese a que ello tenga como resultado que, en el tramo de edad comprendido entre 60 y 65 años, la antigua trabajadora por cuenta ajena perciba una pensión transitoria inferior a la que percibe su homólogo masculino, siendo esta diferencia equivalente a la cuantía de la pensión del régimen general a la que tiene derecho la mujer a partir de los 60 años en concepto de períodos de empleo cubiertos al servicio del mencionado empresario y de la que no disfruta su compañero masculino. En definitiva, esta pensión se destina a compensar, entre otras, la pérdida de ingresos debida al hecho de que no se ha alcanzado aún la edad requerida para recibir la pensión del régimen general (Sentencia Birds Eye Walls).

2. Precisamente uno de los puntos más conflictivos ha venido derivado, como se apuntó, de la intersección entre la edad de acceso a la pensión de jubilación en los regímenes legales y la fijación de la misma en los regímenes profesionales. En tanto para los

primeros se prevé una excepción al principio de igualdad en la Directiva 79/7 (art. 7), manteniendo algunos países edades diferentes —más inferiores para la mujer que para el hombre—, el reflejo en los regímenes profesionales resulta inevitable. Y, en concreto, los ejemplos de vulneración en este punto se aglutinan en torno a dos focos de discriminación. Uno, el que provoca la existencia de edades de jubilación anticipada distintas o, incluso, sólo prevista para mujeres y no para hombres. Y así, la fijación por una empresa de edades diferentes para poder beneficiarse del abandono voluntario no se considera discriminatoria en la medida en que resulte del hecho de que la edad mínima de jubilación en la legislación nacional sea distinta (Sentencia Burton). Del mismo modo, el otorgamiento de una pensión de jubilación anticipada como consecuencia de una medida colectiva de despido que establezca igual edad para hombres y mujeres no se considera tampoco discriminatoria, incluso aunque la edad de jubilación sea diferente en la legislación de referencia por cuanto esta medida escapa al concepto de despido previsto por el art. 5 de la Directiva 76/207 (Sentencia Roberts). Constituye éste, a su vez, el segundo foco al que se aludía y, por tanto, un centro de vulneración importante: el despido de los trabajadores por haber alcanzado una edad de jubilación legal o convencionalmente establecida. Se considera en este punto incompatible con el Derecho comunitario que un empresario establezca una política general de despidos que implique el de una mujer por el mero hecho de haber alcanzado o sobrepasado la edad para la cual tiene derecho a una pensión del Estado —inferior que la fijada para los hombres— (Sentencia Marshall). En este sentido, y ante la posible contradicción existente entre la libertad para fijar edades diferentes de acceso a la jubilación de las Directivas 79/7 y 86/378 y la prohibición de discriminación en materia de despido de la Directiva 76/207, el TJCEE estima que si bien es cierto que nada impide a un Estado miembro fijar fechas o edades distintas para tener

derecho a la jubilación de forma diferente para hombres y mujeres esta excepción debe ser admitida, sin embargo, de forma absolutamente restrictiva. No en vano, este tipo de diferencias pueden contribuir no tanto a la vulneración del principio de igualdad en la protección complementaria cuanto a la violación de dicho principio en el empleo. La prohibición del establecimiento de edades diferentes de jubilación no tiene por qué provenir de una Directiva de Seguridad Social, sino de una Directiva en materia laboral y puede hacerse no sólo por vía directa sino también por vía indirecta: si hombres y mujeres han de tener las mismas condiciones de trabajo, ha de garantizárseles en las mismas condiciones que podrán continuar una vez cumplidos los 60, 65, 70 años o cualquier edad que se fije como límite mínimo para la jubilación.

Mas la plena vigencia del principio de igualdad sobre este punto se desarrollará, sin embargo, a partir de la Sentencia Barber. En tanto las pensiones de jubilación otorgadas por un régimen profesional privado homologado deben ser consideradas elementos retributivos, la fijación de una edad distinta para su atribución se considerará contraria al art. 119 del Tratado, incluso si la diferencia entre las edades de jubilación se produce como derivación de las contempladas por el régimen legal. Con un efecto temporal limitado, como ya se señalara: sólo desde el 17 de mayo de 1990, y en aplicación del art. 119 del Tratado, los regímenes de los trabajadores por cuenta ajena deberán garantizar el principio de igualdad en lo que se refiere a la edad de concesión de la pensión de vejez o jubilación —así como en relación a la edad de concesión de las prestaciones de supervivencia y a las cotizaciones de los trabajadores— (Sentencia Moroni). Pero el recurso al art. 119 del Tratado en este caso tiene una consecuencia adicional. La interpretación que a este respecto se hace del art. 119 del Tratado considera que dicho precepto se opone a que un empresario retrase la edad de jubilación de las mujeres hasta equipararla con la de los

hombres en lo relativo a los períodos de empleo comprendidos entre el 17 de mayo de 1990 y la fecha de entrada en vigor de la norma que imponga una edad de jubilación uniforme. Durante estos períodos intermedios, el restablecimiento de una situación de igualdad no puede hacerse si no es por un medio que suponga aplicar a los trabajadores el mismo régimen del que disfrutaban las trabajadoras. De esta forma se garantiza que la igualdad se restablece utilizando para el grupo desfavorecido el mismo régimen del que se beneficiaba el resto de los trabajadores —habitualmente, trabajadoras— de la empresa (Sentencia Nimz, Barber, Coloroll, Schmidt). Por contra, para los períodos de empleo posteriores a la fecha de entrada en vigor de las medidas igualitarias, el art. 119 no impide que se aumente la edad de jubilación de las mujeres para equipararla a la de los hombres. Y en cuanto a los períodos de empleo anteriores al 17 de mayo de 1990, el Derecho comunitario tampoco parece imponer obligación alguna que pueda justificar medidas tendentes a disminuir *a posteriori* las ventajas de las que han venido disfrutando las trabajadoras (Sentencia Schmidt y Van den Akker). De ahí que se dude sobre la validez del art. 9.1 Directiva 86/378 que permite, bien que de forma transitoria, la fijación de edades diferentes de jubilación en las pensiones convencionales cuando así se establece en el régimen legal, dejando como sola excepción aquel sistema en el que existen ya propuestas para la modificación de dicho régimen legal con semejantes diferencias de edad (Sentencia Douglas).

Con todo, y reconociendo la existencia aún de edades diferentes de jubilación, la Directiva 96/97 introduce algunos mecanismos correctores para que edades de jubilación diferentes no provoquen efectos discriminatorios por razón de sexo. Por una parte, a través del establecimiento del complemento de pensión al que antes se aludía y que sirve principalmente para igualar o aproximar el importe de las prestaciones de trabajadores de distin-

to sexo en la misma situación laboral. Por otro lado, y como se comprobó, a través de la posibilidad de fijar niveles diferentes de cotización empresarial destinados también a igualar o a aproximar estos importes. Sin olvidar que la Directiva 96/97 admite la fijación de una edad flexible de jubilación sin considerarla contraria a sus disposiciones siempre que hombres y mujeres puedan exigirla en las mismas condiciones (art. 9 bis). Este último aspecto se hallaba ya cubierto, en definitiva, por el art. 119 puesto que nada impide la consecución de la igualdad de trato a través del establecimiento de una edad de jubilación flexible en las mismas condiciones para mujeres y hombres. Sin embargo, dado el interés que el Parlamento Europeo mostró en este punto se añadiría esta disposición 9 bis del texto con un fin estrictamente clarificador.

3. Asumiendo este complicado entramado de relaciones y considerando también las indicaciones referidas al aspecto contributivo analizado en el punto anterior, la Directiva 96/97 admite que cuando se trate de regímenes de prestaciones definidas financiadas por capitalización, ciertos elementos (conversión en capital de una parte de una pensión periódica; transferencia de los derechos a pensión; una pensión reducida cuando el trabajador opte por la jubilación anticipada, etc) puedan ser desiguales en la medida en que la desigualdad de los importes se deba a las consecuencias de la utilización de factores actuariales diferentes según el sexo en el momento de la puesta en práctica de la financiación del régimen en cuestión (art. 6.h. Directiva 86/378, en su nueva redacción tras la Directiva 96/97). Si bien en este tipo de regímenes resulte más sencillo encubrir un tratamiento perverso para los derechos de los beneficiarios. Así, por ejemplo, la obligación de acuerdo con la cual un régimen recibe un pago a título de transferencia puede compensar una discriminación existente dentro del régimen que consta como fuente del pago de dicha transferencia, a cambio de una prestación más elevada. Pero precisamente este

tipo de acuerdos pueden convertirse en un claro perjuicio para la transferibilidad de derechos<sup>57</sup>.

#### **D. Sobre las excepciones en la aplicación de la Directiva 96/97/CEE. Especial referencia a los trabajadores autónomos**

1. El análisis anterior podría conducir a la falsa impresión de hallarnos ante una Directiva que sirve para garantizar la aplicación del principio de igualdad pero que está plagada de excepciones que relativizan su eficacia. El art. 1 Directiva 96/97 fija el contenido del nuevo art. 6 Directiva 86/378 y concreta aquellos elementos esenciales de la protección complementaria en los que resulta vetada la utilización de criterios diferentes por razón de sexo. No cabe, pues, recurrir a criterios diferenciadores para: participar en un régimen profesional; establecer la edad de acceso al mismo; determinar la duración mínima de empleo para permanecer o para obtener una concreta prestación; prever exigencias distintas en cuanto al reembolso de las cotizaciones efectuadas por el trabajador; establecer condiciones diferentes de concesión de prestación; reservar las prestaciones exclusivamente a uno de los dos sexos; imponer edades de jubilación diferentes; interrumpir el mantenimiento o la adquisición de derechos en períodos de descanso por maternidad; determinar la garantía o el mantenimiento del derecho a prestaciones diferidas cuando el trabajador abandone el régimen, etc.

Pese al esfuerzo, no se oculta que las mujeres van a tener inevitablemente más dificultades que los hombres por la preferencia que en este tipo de regímenes obtiene la anti-

<sup>57</sup> MANGAN, G., *Le détachement des travailleurs et les régimes de retraite complémentaires* doc. original, Deuxième colloque européen, Sécurité Sociale en Europe, octubre, 1995, Grecia, pág. 23.

güedad en el empleo. Para ellas existen serios impedimentos para regresar al mercado de trabajo y ocupar el empleo del que antes disfrutaban con lo que soportan un riesgo mayor de ver limitado el acceso a los regímenes complementarios. En definitiva, no podrán cumplir los plazos de consolidación y carencia exigidos, las transferencias les resultarán más desfavorables, se enfrentarán a una insuficiente protección de los derechos «latentes» o en curso de adquisición, etc.

2. Esta conclusión se agrava si se tienen en cuenta algunas limitaciones a la aplicación íntegra de la Directiva 96/97 y las excepciones expresas del principio de igualdad de trato en materia de protección complementaria que la misma contempla. Sin perjuicio de la atención de que serán objeto en el próximo apartado, los trabajadores autónomos protagonizan un tratamiento especial, en este caso, de sus regímenes profesionales. En un primer momento, las excepciones contempladas por la Directiva 86/378 resultaban de general extensión a los trabajadores por cuenta ajena y a los trabajadores por cuenta propia. Sin embargo, la Sentencia Barber se encargaría de limitar sus efectos, restringiendo su aplicación tan sólo a los trabajadores por cuenta ajena y dejando al margen, pues, a los trabajadores por cuenta propia. Esta decisión de la Sentencia Barber obliga a la Directiva 96/97/CEE a precisar cuáles son las excepciones susceptibles de ser aplicadas a los trabajadores autónomos. Y así, en relación con estos trabajadores los Estados podrán aplazar la aplicación obligatoria del principio de igualdad respecto de la fijación de la edad de jubilación —bien hasta la fecha en la que dicha igualdad se realice en los regímenes legales o bien, como máximo, hasta que una Directiva imponga dicha igualdad—, en las pensiones de supervivencia —hasta que el Derecho comunitario imponga el principio de igualdad de trato en los regímenes legales— y en la aplicación de elementos diferentes en el cálculo actuarial, y todo ello con un plazo límite, el 1 de enero de 1999 (art. 9 Directiva

86/378 tras la modificación introducida por la Directiva 96/97). La sustancial alteración a que este tipo de medidas obliga a algunas legislaciones nacionales y el coste económico que llevan consigo, propician una entrada en vigor aplazada de esta reforma (art. 9 Directiva 86/378, tras la Directiva 96/97).

Mas la aplicación de la Directiva no sólo se postpone sino que se excluye íntegramente en una serie de supuestos. De las cinco excepciones expresas que recoge el art. 2.2. de la Directiva 86/378, tras su nueva redacción, tres están dirigidas exclusivamente a los trabajadores autónomos. Estos últimos no tendrán garantizada la igualdad si el régimen profesional se establece en un contrato individual, o si se trata de un régimen referido a un solo miembro o, por último, en las disposiciones opcionales de aquellos regímenes que se ofrezcan individualmente a los participantes con el fin de garantizarles ya la elección de la fecha inicial de percepción de las prestaciones normales de este colectivo de trabajadores o la elección entre varias prestaciones. Como se comprueba, la exclusión se basa principalmente en que estas medidas no tienen un carácter colectivo y están exentas de buena parte de los rasgos de laboralidad que priman en la protección complementaria.

Para contrarrestar estas excepciones, la Directiva 96/97 contempla una férrea exigencia en relación a aquellos elementos no excluidos o no aplazados. En este sentido, los Estados miembros han de adoptar las medidas necesarias para que las disposiciones de los regímenes profesionales de los trabajadores autónomos contrarias al principio de igualdad de trato sean revisadas con efecto anterior al 1 de enero de 1993, a más tardar. No se trata de un plazo aleatoriamente elegido. En la primigenia Directiva 86/378 se exigía a los Estados que revisaran todas las disposiciones contrarias al principio de igualdad de trato respecto de estos trabajadores antes del 1 de enero de 1993, continuando vigentes las disposiciones anteriores y por el tiempo correspondiente a este período. Se

permitía así el mantenimiento de derechos y obligaciones derivados de un período de afiliación anterior a la revisión impuesta. Nada añade, por tanto, la nueva Directiva 96/97/CEE a este respecto, resultando consecuente con el régimen originario. Tan sólo puede afirmarse en este sentido que dicha disposición intensifica más, si cabe, el diferente tratamiento dispensado desde la Sentencia Barber para estos trabajadores respecto del colectivo de trabajadores por cuenta ajena.

### **E. Trasposición de la Directiva 96/97/CEE al ordenamiento español: un objetivo cumplido**

1. La trasposición de esta Directiva 96/97 en nuestro ordenamiento constituye un último punto de análisis. A diferencia del plazo de tres años fijado para trasponer la Directiva 86/378, los Estados disponían de una fecha límite ya transcurrida —1 de julio de 1997— para adaptar sus disposiciones legales, reglamentarias o administrativas al cumplimiento de las mismas o aprobar aquellas que fueran necesarias. Debido a que las nuevas disposiciones comunitarias no suponen más que la «legalización» de la doctrina judicial, los Estados debían estar ya preparados para la aplicación de la misma.

En nuestro ordenamiento dicha preparación sería innecesaria porque, al menos en esta materia, nuestro sistema ha demostrado superar el test de trasposición, configurando incluso un régimen más protector que el recogido en ambas disposiciones comunitarias. Tres elementos han contribuido especialmente a esta superación. Por una parte, la irradiación del principio de igualdad en el art. 14 CE. Este reconocimiento constitucional impone no sólo un derecho subjetivo —poder de reaccionar de forma efectiva con los mecanismos necesarios para restablecer la situación desequilibrada por la vulneración— sino un límite a la potestad del legislador —requerimiento para que las normas legales no

creen entre los ciudadanos situaciones desiguales o discriminatorias—. La traducción legal de este principio constitucional en la protección complementaria también se halla garantizada por cuanto el régimen de mejoras de Seguridad Social, independientemente de cuál sea su articulación jurídica (contrato de seguro o planes de pensiones), dispone de las normas necesarias para ello. Tanto la LET (art. 17) —si se tiene en cuenta que el TJCEE entiende esta materia como discriminación retributiva y la LET prohíbe cualquier discriminación en el empleo—, como la LGSS (art. 39 y 191-194) o la LPPF (art. 5) y la LOSSP (art.64.3.c) —en tanto la opción que se permite a los profesionales liberales con obligación de colegiación como trabajadores autónomos, de elegir entre pertenecer al RETA o a su Mutualidad de previsión correspondiente, garantiza que estas últimas establezcan la igualdad de obligaciones y derechos para todos los mutualistas—, confirman la traslación legal de este principio comunitario y constitucionalmente protegido. En segundo lugar, destaca la inexistencia de una edad de jubilación distinta en el régimen legal lo que se traduce en la innecesaria adopción de medidas transitorias en los regímenes profesionales. Y, por último, la reciente modificación efectuada sobre la protección complementaria a través de la LOSSP que ha servido para superar algunas fisuras detectadas —aunque no radicadas— en manifestaciones de vulneración del principio de igualdad.

En definitiva, un cumplimiento efectivo que invita a despreciar, al menos en este punto, el reproche generalizado sobre la desatención aplicativa que sufren aquellas medidas comunitarias dirigidas a particulares, no así las que se destinan a la Administración. Siendo la mayor parte de los regímenes profesionales de origen convencional e incluso unilateral por parte de la empresa puede afirmarse que nuestro ordenamiento ha conseguido equilibrar la aplicación del principio de igualdad de trato en los regímenes legales y profesionales y ha

logrado, tanto desde la perspectiva constitucional como legal, un escrupuloso respeto del mismo.

#### 4. EL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE TRATO EN LA ACTIVIDAD AUTÓNOMA: LA DIRECTIVA 86/613/CEE<sup>58</sup>

##### A. Consideraciones generales

La tercera de las disposiciones dictadas en el ámbito comunitario relativas al principio de igualdad en la Seguridad Social a las que se hace referencia en este trabajo es la *Directiva 86/613/CE del Consejo, de 11 de diciembre de 1986, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejerzan una actividad autónoma, incluidas las actividades agrícolas, así como sobre la protección de la maternidad*.<sup>59</sup> Como primera aproximación a su análisis, hay que destacar que esta Directiva juega un papel menor en el conjunto de las disposiciones armonizadoras de las disposiciones de los Estados miembros de la Unión Europea en materia social, en la medida en que, por un lado, su contenido en materia de igualdad de trato en la Seguridad Social es meramente complementario de la más genérica Directiva 79/7/CEE; por otra parte, en materia de protección social tiene un alcance personal y sustancial muy limitado y, en fin, en otras variadas materias que incorpora —civil, mercantil e incluso fiscal— su eficacia jurídica es muy atenuada.

No obstante, y a pesar de su carácter menor o complementario, su estudio resulta de interés, no solo por su contenido concreto, sino también porque esta Directiva encarna fielmente la mayoría de las deficiencias y las

dificultades que son atribuibles al proceso de armonización de las legislaciones nacionales de la Unión Europea en materia de protección social —la falta de sistemática, la aplicación desigual y progresiva en los distintos Estados, la escasez de vinculabilidad jurídica y el alcance limitado de muchos de sus mandatos, etc.—, algunos de los cuales ya han sido mencionados.

En este sentido, una de las dificultades que mayor reflejo tiene en la Directiva 86/613/CE es la de la propia gestación de las disposiciones de carácter social en el ámbito comunitario. La exigencia de la unanimidad contenida en los Tratados constitutivos para su aprobación<sup>60</sup>, con la consiguiente existencia de un derecho de veto por parte de cualquier Estado miembro —utilizado activamente por algunos, en ocasiones—, ha impedido en general un mayor desarrollo de estas disposiciones y en particular, respecto de la disposición que se analiza, ha supuesto un verdadero proceso de *jibarización* de los ambiciosos contenidos de la propuesta inicial por parte de la Comisión —de los que son reflejo el propio título de la Directiva—. Así, si se comparan la redacción inicial y la finalmente obtenida se comprueba la desaparición, en proceso de discusión, de las materias más espinosas —y más relevantes— o la devaluación de su eficacia, convirtiendo iniciales mandatos imperativos en simples recomendaciones.

##### B. Objeto y caracterización genérica de la Directiva

###### a) Objeto de la Directiva 86/613/CE

1. El objetivo principal de la Directiva es establecer una serie de medidas para hacer

<sup>58</sup> Este apartado ha sido redactado por RICARDO MORÓN PRIETO.

<sup>59</sup> DOCE L 359, de 19 de diciembre de 1986.

<sup>60</sup> En la actualidad, a pesar de la revisión experimentada en virtud del Tratado de Amsterdam, todavía se exige la unanimidad del Consejo para adoptar medidas legislativas en materia de Seguridad Social y protección social de los trabajadores, de acuerdo con el artículo 117 Tratado CEE.

efectivo el derecho a la igualdad de trato en materia de Seguridad Social en el trabajo autónomo, no solo reiterando el mandato genérico de igualdad de trato y no discriminación contenido en la Directiva 79/7/CE, sino estableciendo además otras reglas relativas a la igualdad en el acceso y el desarrollo de la actividad profesional y otras relativas a la protección social, particularmente de la mujer (en lo que se refiere a la maternidad). Por tanto, el ámbito sobre el que se proyecta la norma es el del trabajo autónomo o independiente. Un ámbito en el que tradicionalmente el trabajo femenino ha sido objeto de una importante discriminación familiar, social e incluso legal (pensemos, por ejemplo, en las tareas del campo o la industria personal o familiar en el comercio o la restauración) al no gozar de reconocimiento profesional y por tanto carecer de la protección social a ese reconocimiento aparejada.

Se trata, por un lado, de un ámbito en el que sociológicamente la participación como titulares de las actividades profesionales está reservada prioritariamente a los hombres aunque, sin embargo, en general la mujer participa de forma activa, aportando gran parte de su actividad a la actividad familiar o simplemente a la de titularidad del marido, constituyendo, la que ha denominado el propio Parlamento Europeo, como un verdadero *trabajo invisible*.

El problema, sin embargo, no solo es la falta de reconocimiento de su trabajo, sino la consiguiente carencia de protección social personal directamente derivada de su actividad o el acceso —en el mejor de los casos— a una protección indirecta —como beneficiaria— o derivada de la que eventualmente obtenga el trabajador autónomo titular de la actividad, lo que puede ocasionar importantes situaciones de desprotección social, sobre todo en los supuestos de disolución del matrimonio por divorcio o separación o en caso de fallecimiento del titular del negocio.

2. Los objetivos iniciales de la disposición comunitaria, como expone la propia Comisión en su Informe de 1994 sobre la aplicación de la Directiva <sup>61</sup>, eran:

En primer lugar, extender de modo expreso el principio de igualdad al ámbito del trabajo autónomo (reconocido ya de manera concreta en la Directiva 79/7/CEE) teniendo en cuenta, principalmente, la situación de las personas en situación profesional poco definida (ya que en la mayoría de ocasiones no son ni asalariados, ni asociados).

En segundo lugar, determinar y delimitar la aportación de los cónyuges que colaboran, concediendo una situación profesional bien definida y por extensión, establecer sus derechos a la Seguridad Social. Este aspecto hace referencia no solo a aspectos sociales o de protección sino también a otros relativos a la legislación fiscal, civil o mercantil, objetivos que exceden sobremanera de una Directiva de igualdad en la Seguridad Social pero que la Comisión estimaba imprescindible para abordar la erradicación de las situaciones de discriminación que sufren particularmente las mujeres que colaboran o son auxiliares de profesionales o negocios familiares.

Sin embargo, como analizaremos seguidamente, el contenido final de la Directiva dista de ser una respuesta global y efectiva al objetivo de erradicar las discriminaciones directas o indirectas por razón de sexo y especialmente las derivadas del estado matrimonial o familiar en el ámbito del trabajo autónomo o profesional. Por el contrario, la Directiva 86/613, ofrece un contenido real y efectivo muy limitado, que se ve superado en la mayoría de sus aspectos por las legislaciones nacionales —al

61 «Informe de la Comisión sobre la aplicación de la Directiva del Consejo, de 11 de diciembre de 1986, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejerzan una actividad autónoma, incluidas las actividades agrícolas, así como sobre la protección de la maternidad», COM 94 163, final, Bruselas 15-9-1994.

menos la nuestra, aun con alguna carencia— defraudando expectativas y dejando por resolver el principal y más espinoso tema planteado: la definición de un *estatuto profesional del cónyuge que colabora* con el trabajador autónomo, del que a la postre se derivarán sus derechos laborales y sociales pero también de otros órdenes.

#### b) *Caracterización genérica de su contenido y alcance personal*

Las disposiciones contenidas en la Directiva 86/613/CE se caracterizan por su carácter heterogéneo y, como se ha dicho, por su alcance limitado, tanto desde el punto de vista del contenido como del ámbito personal.

Dicho carácter heterogéneo de sus disposiciones puede predicarse tanto de su contenido —en la medida en que se refieren a cuestiones con incidencia en diversos ámbitos de las normativas nacionales, ya sean civiles, mercantiles y fiscales como laborales y sociales—, como de su propia forma o configuración jurídica mediante la cual se formula —pues, como se analiza a continuación—, algunas prescripciones de las contenidas en la Directiva adoptan la forma de mandatos directamente vinculantes (el de no discriminación, por ejemplo); otros son mandatos en cuanto a la obtención de alguna finalidad con un amplio margen respecto de los procedimientos (armonización de la normativa de los Estados miembros en cuanto a la extensión de la protección social a los cónyuges que colaboran en el trabajo independiente); y otros aspectos se muestran operativamente como simples recomendaciones, sensibilizando a los Estados miembros sobre la conveniencia de incorporar progresivamente determinados aspectos en la normativa interna, pero sin ninguna vinculación jurídica para su cumplimiento.

Por otro lado, se destacaba, la Directiva tiene un alcance limitado porque de la problemática suscitada inicialmente la Directiva

solo aborda algunos aspectos y además en ocasiones de un modo no especialmente intenso. Además, desde el punto de vista subjetivo o personal el alcance de la Directiva es también limitado. En efecto, las disposiciones de la Directiva afectan a los trabajadores autónomos, incluyendo los agrícolas y las profesiones liberales. Sin embargo, hay que destacar que esta es una referencia indirecta, ya que la Directiva reenvía al concepto de trabajador autónomo del derecho interno de cada Estado miembro<sup>62</sup>, con lo que implica de aplicación desigual en el ámbito de la Comunidad y en definitiva de disponibilidad de los Estados al menos en lo que se refiere al ámbito personal<sup>63</sup>.

Por otra parte, en el apartado a) del artículo 2 de la Directiva se incluyen igualmente los agricultores y los miembros de profesiones liberales. Sin embargo, tiene como ámbito de aplicación no solo y estrictamente las personas que ejerzan una actividad autónoma,

<sup>62</sup> En la legislación española se considera trabajador autónomo o por cuenta propia a «aquél que realiza de forma habitual, personal y directa, una actividad económica a título lucrativo, sin sujeción por ella a contrato de trabajo, aunque se utilice el servicio remunerado de otras personas» art. 2 del Real Decreto 2530/1970, que regula el Régimen Especial de los Trabajadores Autónomos —RETA—. A las personas incluidas en el RETA por cumplir dicha definición genérica se han ido incorporando otros colectivos, particularmente profesiones liberales integradas en colegios profesionales, mediante diversos instrumentos normativos. v.g Agentes de Seguro, Graduados Sociales, Farmacéuticos, etc. A ello, hay que sumar los trabajadores agrícolas y del mar por cuenta propia regulados, respectivamente, por el Real Decreto 2123/1971, por el que se regula el Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social; y el Real Decreto 1867/1970, por el que se regula el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar.

<sup>63</sup> Lo que, según algún autor, produce en el ámbito de la Seguridad Social una, al menos hipotética, reducción de las personas afectadas. Vid. LIDÓN NEBOT LOZANO, M., «Comentario a la Directiva del Consejo relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejerzan una actividad autónoma, incluidas las actividades agrícolas, así como sobre la protección de la maternidad», *Noticias/CEE*, núm. 36, 1986, pág. 104.

sino también aquellas personas que contribuyan al ejercicio de dicha actividad (art. 1 de la Directiva). En particular, la Directiva afecta a *los cónyuges no asalariados, ni asociados, que participen de manera habitual y en las condiciones previstas por el Derecho nacional, en la actividad del trabajador autónomo, efectuando bien las mismas tareas, bien tareas complementarias* (artículo 2, apartado b). En este sentido, existe la constatación de que un alto número de colaboradores de los cónyuges son las mujeres, cuya actividad se considera socialmente como una obligación conyugal realizada gratuitamente.

Por lo tanto, y de acuerdo con la propia Directiva cabe distinguir al menos tres categorías de cónyuges colaboradores:

a) El cónyuge que participa en las actividades de su esposo/a como colaborador o asociado dentro de una Sociedad.

b) El cónyuge que participa en las actividades de su esposo/a y a cambio percibe una remuneración, con estatuto de asalariado<sup>64</sup>.

c) El cónyuge empleado que participa de forma habitual en las actividades de su esposo/a sin remuneración, y sin estatuto.

Es precisamente este tercer colectivo el destinatario de la mayoría de la regulación de la Directiva. A pesar de lo limitado del ám-

<sup>64</sup> Conviene recordar, a este respecto, que hasta la promulgación de la Ley 5/1990, de 29 de junio, el artículo 7.2 de la Ley General de Seguridad Social excluía al cónyuge del empresario del Régimen General de Seguridad Social, excluyendo a muchas mujeres, por tanto de una protección directa por derecho propio en su condición de trabajadora asalariada. A partir de la reforma legal de dicho precepto por la mencionada Ley la citada exclusión puede eludirse por cualquiera de los cónyuges, exigiéndose para ellos —en términos similares a los establecidos en el artículo 1 del Estatuto de los Trabajadores— la prueba de su condición de trabajadores por cuenta ajena en el desempeño de la actividad excluida.

bito personal definido acoge en su seno una variedad de situaciones. Ello se puede manifestar como algo negativo, pues, precisamente, la existencia de un colectivo tan heterogéneo plantea problemas a la hora de abordar un estatuto profesional de modo uniforme (conviven por ejemplo, la agricultora que realiza las faenas del campo con la auxiliar o colaboradora de un profesional liberal con titulación específica, etc.).

### C. Contenido concreto de la Directiva y grado de incorporación o cumplimiento por el ordenamiento español

A continuación se analizan los aspectos más relevantes de la Directiva distinguiendo en atención a su contenido y también a su configuración jurídica los siguientes apartados: a) Los aspectos referidos al principio de igualdad de trato en el ámbito de las actividades autónomas y profesionales, configurados normativamente como mandatos directamente vinculantes; b) Los aspectos referidos al establecimiento de un nivel de protección social común a todos los Estados respecto de los cónyuges colaboradores sin estatuto profesional, configurados normativamente como normas armonizadoras de niveles mínimos de protección; y c) Aquellos aspectos relativos al estatuto de los cónyuges que colaboran, configurados normativamente como meras recomendaciones. Igualmente se hace referencia en cada apartado a su grado de incorporación o cumplimiento por el ordenamiento español.

*a) Aspectos referidos al principio de igualdad de trato en el ámbito de las actividades autónomas y profesionales*

El principal objetivo de la Directiva es la ampliación expresa de la regulación del principio de igualdad de trato, establecido por la Directiva 79/7/CE con carácter general para todas las actividades y también de modo particular en relación al trabajo

autónomo<sup>65</sup>. Ello se manifiesta en primer lugar en materia de Seguridad Social. Así, los artículos 4 y 5 de la Directiva 86/613 reiteran para este específico sector, las invocaciones a dicho principio genéricamente recogidas en las Directivas 76/207 y 79/7 sobre igualdad de trato en el empleo y en la Seguridad Social<sup>66</sup>. En este sentido, la Directiva tiene un carácter subsidiario respecto de las anteriormente citadas, concretando dicho principio a la situación específica de la actividad de las personas que trabajan de forma autónoma, particularmente por lo que se refiere a las personas con una situación profesional poco definida (ni asociada, ni asalariada).

Por otro lado, la Directiva 86/613, complementa la invocación al principio de igualdad de trato recogido en las mencionadas Directivas y añade una regla especial de igualación de sexos<sup>67</sup>, haciendo extensivo dicho principio a ámbitos que exceden propiamente del laboral o el social. Como la propia Directiva indica, «va dirigida a la aplicación del principio de igualdad de trato de mujeres y hombres que ejerzan una actividad autónoma... en aquellos aspectos que no estén cubiertos por las Directivas 76/207 y 79/7», (art. 1). En este sentido, la Directiva tiene una vocación más amplia, y por tanto ambigua, puesto que amplía su incidencia a otros múltiples aspectos, como pueden ser los civiles, mercantiles, fiscales, etc.

En este sentido, la Directiva se dirige a eliminar disposiciones nacionales discriminato-

rias por razón de sexo en el desarrollo de una actividad en régimen de trabajo autónomo<sup>68</sup>. En particular, se imponen a los Estados las siguientes obligaciones:

— Eliminar las discriminaciones por razón de sexo, en particular por lo que se refiere a la «creación, la instalación, o la ampliación de una empresa o al inicio o a la extensión de cualquier otra forma de actividad de trabajador autónomo, incluidas las facilidades financieras» (art. 4).

— Tomar las medidas para evitar las restricciones en la constitución de sociedades por razón de matrimonio. Esto es, «que las condiciones de constitución de una sociedad entre esposos no sean mas restrictivas que las condiciones de constitución de una sociedad entre personas que no lo son» (art. 5).

Dichas obligaciones, para cuyo cumplimiento se deja absoluta libertad a los Estados miembros en los procedimientos o las medidas adoptar, se refieren, como se puede comprender rápidamente a una multiplicidad de aspectos que afectan a distintas ramas de los ordenamientos nacionales (normativa fiscal, civil, mercantil, etc.), lo que hace que sea mas costoso el control acerca del grado de aplicación por parte de ellos.

Por lo que se refiere a la legislación nacional española, el grado de cumplimiento de la Directiva parece satisfactorio, al menos desde el punto de vista legal y formal. No obstante, a este respecto, como ya se ha puesto de manifiesto<sup>69</sup>, hay que matizar que la aplicación del principio de igualdad en el Derecho interno no se ha debido tanto a presiones de la normativa comunitaria como a los mandatos impuestos por la promulgación de la Constitución Española en 1978, cuyo art. 14 establece el principio de igualdad y no discrimi-

<sup>65</sup> Como establece en su art. 2, la Directiva 79/7/CE «se aplicará a la población activa, incluidos los trabajadores independientes».

<sup>66</sup> En este sentido, la redacción del artículo 3 de la Directiva 86/613 reproduce básicamente el principio contenido en el artículo 4 de la Directiva 79/7/CE, según el cual el principio de igualdad de trato implica la ausencia de cualquier discriminación fundada en el sexo, ya sea directa o indirecta, incluyendo la especial referencia al estado matrimonial o familiar.

<sup>67</sup> MONTOYA MELGAR, A., GALIANA MORENO, J. y SEMPERE NAVARRO, A.: *Derecho Social Europeo...*, op. cit. pág. 64.

<sup>68</sup> LIDÓN NEBOT, M.: *Comentario a la Directiva...*, op. cit. pág. 104.

<sup>69</sup> GONZALO GONZÁLEZ, B.: *El derecho internacional español de la Seguridad Social*, op. cit. pág. 81.

minación por motivo, entre otros, del sexo. Mandatos, cuya concreción supera, en la mayoría de las ocasiones los mínimos niveles de exigencia de las Directivas comunitarias.

Así, tanto desde el punto de vista de la normativa civil, como mercantil no existe en nuestra legislación ningún obstáculo por razón de sexo o matrimonio ni para el inicio, ni para la instalación o extensión de una empresa o actividad, ni para la constitución de sociedades. Por otro lado, desde el punto de vista laboral, el acceso a la actividad autónoma se realiza por ambos sexos en igualdad de condiciones. Finalmente, por lo que se refiere a la acción pública de fomento de la actividad autónoma, se puede distinguir, no solo una ausencia de discriminación de la mujer, sino que en ocasiones, además se produce una acción positiva favorable a ésta. En este sentido, por un lado, los programas públicos de fomento del empleo autónomo (OM 21-2-86 y 22-3-94) se aplican en condiciones de igualdad para ambos sexos<sup>70</sup> (aunque también existen algunos programas menores específicamente dirigidos a la promoción del trabajo independiente de la mujer). Por otro lado, dentro de los programas de fomento de la formación profesional, las mujeres desempleadas que quieran reintegrarse en la actividad laboral tienen reconocida legalmente la preferencia en el acceso a las acciones formativas<sup>71</sup>.

*b) Aspectos referidos al establecimiento de un nivel de protección social común a todos los Estados respecto de los cónyuges colaboradores sin estatuto profesional*

1. Junto al establecimiento del principio de igualdad en el ámbito del trabajo autónomo

<sup>70</sup> Aunque, probablemente la aplicación de un criterio de igualdad absoluta es injusto, ya que la situación de partida de la mujer en la actividad autónoma o profesional es de inferioridad respecto al hombre, lo que justificaría, como sucede en la contratación laboral, un tratamiento específico necesariamente más favorable, para el fomento del empleo autónomo femenino como ocurre, por ejemplo en el trabajo autónomo de los menores de 25 o hasta 20 que sean parados de larga duración.

<sup>71</sup> Vid. artículo 1.2.d, del Real Decreto 631/1993, del Plan nacional de Formación e Inserción Profesional.

mo la Directiva adopta una serie de medidas que son ajenas al principio de igualdad y que tienen como finalidad suministrar protección a los cónyuges —habitualmente mujeres— colaboradores y supeditados a la actividad del trabajador autónomo. Aunque no sean normas propiamente relacionadas con el principio de igualdad, si tratan de paliar situaciones de discriminación indirectas, provocadas socialmente, a pesar de la regulación legal no discriminatoria. Por tanto, el aspecto más relevante de la Directiva es precisamente el que se refiere al reconocimiento personal y directo de los derechos sociales derivados del trabajo realizado por los cónyuges colaboradores, dentro del cual destaca particularmente la maternidad<sup>72</sup>. Relevancia que, sin embargo, no se ha visto totalmente correspondida con la configuración definitiva de los mandatos a los Estados miembros en esta materia, algunos de cuyos extremos resultan especialmente criticables.

En particular, con la mencionada finalidad de extender las prestaciones sociales a los cónyuges de los trabajadores autónomos que colaboren habitualmente con él, el artículo 6, establece la obligación de que los Estados en los que exista un sistema contributivo de Seguridad Social para los trabajadores autónomos, adopte las medidas para que los cónyuges colaboradores sin estatuto profesional, —en el caso de que no esté incluido en el régimen del trabajador autónomo— puedan adherirse a un régimen de la Seguridad Social, sobre una base voluntaria y contributiva.

<sup>72</sup> Como se ha puesto de manifiesto, la Directiva se dirige fundamentalmente a establecer «normas básicamente sociales y al margen de la igualdad de trato, protectoras de la mujer que se encuentra, por razón de su sexo y de las circunstancias sociales, supeditada a su marido en el ejercicio de un trabajo de naturaleza independiente que realiza conjuntamente o en el que colabora», LIDÓN NEBOT, M.: *Comentario a la Directiva...*, op. cit. pág. 104.

Dicha regulación, a pesar de que obliga expresamente a los Estados miembros a extender la protección al cónyuge colaborador habitual, sin embargo el alcance de dicha obligación es limitado, ya que, por un lado, las condiciones de protección del cónyuge no se producen de forma idéntica a la del trabajador, en la medida en que para el trabajador la adhesión al régimen de protección es obligatorio mientras que para el cónyuge se configura de forma voluntaria<sup>73</sup>. Además, por otro lado, el tenor de la Directiva no impone la identidad en cuanto al contenido de la acción protectora que dispense dicho régimen para los cónyuges de los trabajadores autónomos, de tal manera que según la literalidad de la norma podría ser diferente el nivel, si los regímenes de inclusión de uno y otro fueran distintos<sup>74</sup>.

Consideraciones a las cuales hay que sumar la posibilidad de que dichos mandatos sean desigualmente aplicados por los Estados en la medida en que entre ellos varíe la definición o el ámbito del trabajo autónomo. Aspectos todos ellos, en fin, que debilitan notablemente la capacidad armonizadora de la Directiva en la materia. En definitiva subsiste, tras esta regulación, la posibilidad de que continúe la discriminación indirecta, en la medida que lo único que exige es la existencia de un régimen voluntario.

El resultado directo es —como pone de manifiesto el citado Informe de la Comisión<sup>75</sup>— que en general «la mayoría de los Estados miembros solo conceden derechos limitados a la Seguridad Social ... y ello mediante la concesión de derechos derivados o mediante el recurso a un sistema de seguros privados, siempre más onerosos para el sujeto pasivo».

<sup>73</sup> Vid. GONZALO GONZÁLEZ, B.: *El derecho internacional español de la Seguridad Social*, op. cit. pág. 86.

<sup>74</sup> LIDÓN NEBOT, M.: *Comentario a la Directiva...*, op. cit. pág. 106.

<sup>75</sup> *Informe de la Comisión...* op. cit. pág. 5.

2. Por lo que se refiere al grado de incorporación o cumplimiento por el ordenamiento español hay que concluir que, desde el punto de vista estrictamente legal, nuestra regulación jurídica supera con creces los mandatos comunitarios. En este sentido, la regulación concreta de las actividades autónomas, incluidas las agrícolas —que aun con regulación jurídica y encuadramiento plural, en nuestro ordenamiento manifiestan una uniformidad en la conceptualización del trabajador protegido<sup>76</sup>— prevé la inclusión de los cónyuges de los trabajadores autónomos que colaboren habitualmente, en el mismo régimen de la Seguridad Social que el titular del negocio, siendo esta inclusión *obligatoria* y con *identidad en la acción protectora*.

Así, por lo que se refiere a los trabajadores autónomos el Real Decreto 2530/1970, por el que se regula el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos, establece su artículo 3º, apartado b), que estarán obligatoriamente incluidos en este Régimen Especial el cónyuge de los trabajadores autónomos, que de forma habitual, personal y directa, colabore con ellos mediante la realización de trabajos en la actividad de que se trate. Por lo demás la acción protectora recogida en el mencionado Real Decreto se aplica a todos los incluidos en su ámbito de aplicación, sin establecer ningún tratamiento distinto. Por su parte, el Real Decreto 2123/1971, por el que se regula el Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social establece que están igualmente protegidos como trabajadores agrarios por cuenta propia el cónyuge que realice la actividad agraria de forma personal y directa (art. 3). Finalmente, el art. 6 del Real Decreto 1867/1970, por el que se regula el Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores del Mar incluye en su régimen, como trabajadores por cuenta propia al cónyuge cuando trabajen con ellos en sus explotaciones de forma habi-

<sup>76</sup> LIDÓN NEBOT, M.: *Comentario a la Directiva...*, op. cit., pág. 107.

tual, convivan con el cabeza de familia, y dependan económicamente de él.

A pesar de este amplio reconocimiento normativo, hay que precisar —como ya se ha puesto de manifiesto<sup>77</sup>— que subsiste cierta concepción discriminatoria, derivada de la referencia a la dependencia económica del cónyuge —generalmente mujer— respecto del trabajador autónomo —generalmente hombre— en los regímenes legales agrario y del mar, en la medida en que junto a la exigencia de que se colabore habitualmente, se incluye en ambos la exigencia adicional de la convivencia con el cabeza de familia —y titular de la explotación— y la dependencia económica respecto del mismo. Además, por lo que se refiere al Régimen Especial Agrario se establece que el rendimiento de la actividad agraria desarrollada por el cónyuge contribuya en la proporción adecuada a constituir el medio fundamental de vida de la familia campesina.

Por otro lado, el reconocimiento legal del derecho al acceso a la Seguridad Social en condiciones de igualdad no implica ni la desaparición de los obstáculos materiales y sociales ni aun los derivados de las propias prácticas y procedimientos de las administraciones<sup>78</sup>.

### *c) Aspectos relativos al estatuto de los cónyuges que colaboran*

1. El tercero de los apartados distinguibles en la Directiva es el referido a los aspectos relativos al estatuto de los cónyuges que

<sup>77</sup> *Ibidem*, pág. 107.

<sup>78</sup> En tal sentido, hay que destacar, por ejemplo, que la Comisión de Política Social y Empleo, acordó en su sesión del día 27 de mayo de 1997 aprobar la proposición no de Ley sobre medidas para que el INSS y la Tesorería General de la Seguridad Social, respeten el derecho de las mujeres campesinas a darse de alta en el Régimen Especial Agrario de la Seguridad Social. En la proposición se insta al INSS y a la TGSS reclamándoles que dejen de mantener actitudes discriminatorias respecto al derecho de la mujer campesina a afiliarse al REAS.

colaboran habitualmente con la actividad del titular y se refiere, por un lado, a aspectos concretos de protección social como la protección por maternidad de las trabajadoras autónomas o las cónyuges colaboradoras de trabajadores autónomos y, por otro lado al reconocimiento del trabajo aportado, por los cónyuges sin estatuto propio —lo cual tiene relevancia desde el punto de vista salarial, fiscal, etc.—.

A pesar de la relevancia de los contenidos mencionados, lo primero que hay que destacar es que su configuración jurídica hace de los preceptos que los contienen normas nulas o escasamente vinculantes. Se trata de aspectos cuya regulación se pretendió abordar inicialmente pero cuyo contenido finalmente no obtuvo el acuerdo necesario para su aprobación como mandatos expresos, aunque quedarán incluidos en la Directiva si bien de una manera bastante devaluada<sup>79</sup>. Ese fenómeno pone de manifiesto las dificultades de la armonización de las legislaciones sociales con el criterio de armonización o igualación al alza, mostrándose parcialmente ineficaz en materias que no están reguladas debidamente por los Estados miembros, por lo que difícilmente pueden armonizarse entre sí. En estas ocasiones se impone la fórmula de las recomendación.

Respecto al primero de los aspectos mencionados —la protección por maternidad de las mujeres autónomas o colaboradoras—, su generalización constituía precisamente una de las pretensiones del proyecto inicial de Directiva. Ello, precisamente, justifica su expresa inclusión en el título de la Directiva, sin embargo dicha regulación se sacrificó definitivamente, rebajando su tratamiento al mero «compromiso de examen» por parte de los Estados miembros (art. 8 de la Directiva).

<sup>79</sup> Como se ha indicado, el nivel de compromiso de las disposiciones es más propio de una recomendación que de una Directiva. *Vid. LIDÓN NEBOT, M.: Comentario a la Directiva..., op. cit. pág. 108.*

El contenido del mandato de examen los Estados se refería a dos aspectos, por un lado, a la posibilidad de acceso a los servicios de sustitución o de servicios sociales y, por otro, sobre la posibilidad de beneficiarse de una prestación económica en el marco de un régimen de la Seguridad Social o de cualquier otro sistema de protección social pública.

2. A pesar de tan decepcionante regulación, la normativa española ha superado con creces las previsiones comunitarias. En este sentido, con la actual normativa el nivel de cobertura de la contingencia de embarazo y maternidad es óptimo ya que las prestaciones por maternidad (tanto las sanitarias como las económicas) de las trabajadoras incluidas en los regímenes especiales de los Trabajadores Autónomos, Agrarios y del Mar tienen la misma extensión, en los mismos términos y condiciones que el régimen general de la Seguridad Social (en virtud de la Disposición Adicional 11 bis de la Ley General de Seguridad Social, introducida por la Ley 42/1994), con el único requisito exigible de estar al corriente en el pago de las cuotas a la Seguridad Social.

Por otro lado, en lo que se refiere a las denominadas indemnizaciones por sustitución en la mayoría de los países<sup>80</sup>, incluido el nuestro, no tienen referencias a tal figura. Sí la contienen, por el contrario, Francia, Alemania y los Países Bajos<sup>81</sup>.

Por lo que se refiere al segundo aspecto —el reconocimiento del trabajo aportado por el cónyuge— su inclusión en la Directiva corrió igual suerte, ya que su regulación se limita a encomendar a los Estados miembros el com-

promiso de examinar las condiciones que puedan favorecer su reconocimiento y estudiar las iniciativas adecuadas para ello (art. 7 de la Directiva). Si llamativo es el poco alcance vinculante del precepto no lo es menos su vaguedad y falta de contenido. En efecto, además de no incluir más que un compromiso de examen, la Directiva no hace referencia a medidas concretas o aspectos relevantes sobre los que los Estados deban «reflexionar», lo que contribuye aún más a la devaluación de la fuerza de obligar del precepto, hasta el punto de que como indica el repetido Informe de la Comisión «la mayoría de los Estados miembros han considerado que no había que adoptar ninguna medida para fomentar el reconocimiento del trabajo realizado por el cónyuge»<sup>82</sup>.

Por lo que se refiere al ordenamiento español no existe una regulación sistemática sobre el reconocimiento de la participación de los cónyuges en las actividades de trabajadores autónomos. Ello no quiere decir que sea un aspecto completamente abandonado por nuestras leyes. En efecto, existen algunas referencias legales a determinados aspectos, pero siempre de manera parcial y asistemáticas. Así, por ejemplo, desde el punto de vista civil existe alguna regulación particular, en los supuestos de nulidad, separación o divorcio, en virtud de la cual el cónyuge que quede desequilibrado económicamente tiene derecho a una pensión cuyo cálculo se realiza teniendo en cuenta, entre otros aspectos, «la colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales y profesionales del otro cónyuge» (artículo 97 Código Civil). También en el ámbito fiscal, en el cual se prevé expresamente la posibilidad de deducción como gasto de las cantidades abonadas al cónyuge colaborador por el autónomo, siem-

<sup>80</sup> Vid. Informe de la Comisión de la Directiva..., cit. pág. 5.

<sup>81</sup> Configurado, en términos generales, como un subsidio o una prestación económica destinada a cubrir total o parcialmente las percepciones económicas del personal asalariado que remplace a la trabajadora autónoma o que colabora.

<sup>82</sup> Salvo algunos países, como Dinamarca y Bélgica que han adoptado medidas para disminuir los efectos negativos de la legislación fiscal sobre los ingresos concedidos al cónyuge del trabajador autónomo. Vid. Informe de la Comisión... cit. pág. 5.

pre que no supere el límite del mercado, determinado por los salarios recogidos en el convenio aplicable, y en referencia a la cualificación profesional de la actividad desempeñada por el cónyuge.

#### D. Recapitulación; problemas pendientes de la directiva

Analizados los problemas concretos que plantea la Directiva, resta hacer una última mención a lo que constituye su principal carencia o asignatura pendiente, que no es otra que la formulación de un estatuto jurídico profesional sistemático del cónyuge colaborador. Ello permitiría la consideración de la mujer colaboradora en el ámbito del trabajo autónomo como un sujeto de derecho independiente. Por otra parte hay que destacar que los términos de la Directiva en este sentido, además de no incluir principios rectores, eran muy vagos y no especificaban las medidas o los ámbitos posibles en los que los Estados debían operar. En ese sentido, se ha manifestado en varias ocasiones el Parlamento Europeo<sup>83</sup> pidiendo la elaboración de una Directiva que acometiera una regulación sistemática del estatuto del cónyuge colaborador, entre cuyos extremos básicos se propugnan los siguientes:

— Reconocimiento expreso del trabajo de colaboración, a través de la obligación de inscripción.

— Reconocimiento del derecho a la percepción de una cantidad económica por el tra-

bajo (con sus correspondientes efectos en el ámbito fiscal, etc).

— La generalización de la protección social obligatoria, que incluya la protección por maternidad y las indemnizaciones de sustitución.

— La posibilidad de participar en las elecciones a los representantes del sector, como electores y como elegibles.

Aspectos estos que requerirían —también en palabras del Parlamento— una amplia revisión de la normativa contenida actualmente en la Directiva 86/613, y la elaboración de una Directiva específica para desarrollar el estatuto profesional del cónyuge colaborador.

### ANEXO

#### 1. 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 (DO L 6, 10-1-79)<sup>1</sup>

*Art. 1.* La presente Directiva contempla la aplicación progresiva, dentro del ámbito de la Seguridad Social y otros elementos de protección social previstos en el artículo 3, del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, denominado en lo sucesivo «principio de igualdad de trato».

*Art. 2.* La presente Directiva se aplicará a la población activa, incluidos los trabajadores independientes, los trabajadores cuya activi-

<sup>83</sup> Son de destacar la Resolución sobre los cónyuges en la agricultura y en los negocios familiares, DOCE C 96, de 17-4-1998, pág. 160. La Resolución sobre el estatuto de los cónyuges auxiliares de profesionales, DOCE C 158, de 26-6-1989, pág. 371. La Resolución sobre la situación de la mujer en el sector agrícola en los Estados miembros de la Comunidad, DOCE C 44, de 14-2-1994, pág. 44 y la Resolución sobre la situación de los cónyuges colaboradores de los trabajadores autónomos, DOCE C 85, de 17-3-1997, pág. 186.

<sup>1</sup> Hecho en Bruselas, el 19 de diciembre de 1978.

dad se vea interrumpida por enfermedad, accidente o paro involuntario, a las personas que busquen empleo, así como a los trabajadores inválidos

*Art. 3.* 1 La presente Directiva se aplicará

a) a los regímenes legales que aseguren una protección contra los siguientes riesgos

- enfermedad,
- invalidez,
- vejez,
- accidente laboral y enfermedad profesional,
- desempleo;

b) a las disposiciones relativas a la ayuda social, en la medida en que estén destinadas a completar los regímenes contemplados en la letra a) o a suplirlos.

2. La presente Directiva no se aplicará a las disposiciones relativas a las prestaciones a favor de los supervivientes, ni a las que se refieren a prestaciones familiares, excepto si se trata de prestaciones familiares concedidas con arreglo a los aumentos de las prestaciones debidas en razón de los riesgos previstos en la letra a) del apartado 1.

3. Con el fin de garantizar la aplicación del principio de igualdad de trato en los regímenes profesionales, el Consejo adoptará, a propuesta de la Comisión, las disposiciones que determinarán el contenido, el alcance y las modalidades de aplicación.

*Art. 4.* 1. El principio de igualdad de trato supondrá la ausencia de toda discriminación por razón de sexo, ya sea directa o indirectamente, en especial con relación al estado matrimonial o familiar, particularmente en lo relativo a:

— el ámbito de aplicación de los regímenes y las condiciones de acceso a los mismos,

— la obligación de contribuir y el cálculo de las contribuciones,

— el cálculo de las prestaciones, incluidos los aumentos debidos al cónyuge y por persona a cargo, y las condiciones de duración y de mantenimiento del derecho a las prestaciones.

2. El principio de igualdad de trato no se opone a las disposiciones relativas a la protección de la mujer en razón de su maternidad.

*Art. 5.* Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias con el fin de suprimir las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas contrarias al principio de igualdad de trato.

*Art. 6.* Los Estados miembros introducirán en su ordenamiento jurídico interno las medidas necesarias para que cualquier persona, que se considere perjudicada por la no aplicación del principio de igualdad de trato, pueda hacer valer sus derechos por la vía jurisdiccional después de haber recurrido, eventualmente, a otras autoridades competentes.

*Art. 7.* 1. 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:

b) las ventajas concedidas en materia de seguro de vejez a las personas que han educado hijos; la adquisición del derecho a las prestaciones después de períodos de interrupción de empleo debidos a la educación de los hijos;

c) la concesión de derechos a prestaciones de vejez o invalidez en razón de los derechos derivados de la esposa;

d) la concesión de aumentos de las prestaciones de larga duración de invalidez, de

vejez, de accidente laboral o de enfermedad profesional por la esposa a cargo;

e) las consecuencias que resultaren del ejercicio, antes de la adopción de la presente Directiva, de un derecho de opción con objeto de no adquirir derechos o de no contraer obligaciones en el marco de un régimen legal.

2. Los Estados miembros examinarán periódicamente las materias excluidas en virtud del apartado 1, a fin de comprobar, teniendo en cuenta la evolución social en la materia, si está justificado mantener las exclusiones de las que se trata.

*Art. 8. 1.* Los Estados miembros establecerán las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para ajustarse a la presente Directiva, en un plazo de seis años a partir de su notificación. Dichos Estados miembros informarán inmediatamente de ello a la Comisión.

2. Los Estados miembros comunicarán a la Comisión el texto de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas que adopten en el ámbito regulado por la presente Directiva, incluidas las medidas que establezcan en virtud de la aplicación del apartado 2 del artículo 7.

Los Estados miembros informarán a la Comisión de las razones que justifiquen el eventual mantenimiento de las disposiciones existentes en las materias previstas en el apartado 1 del artículo 7, y de las posibilidades de su posterior revisión.

*Art. 9.* Los Estados miembros comunicarán a la Comisión dentro de un plazo de siete años a partir de la notificación de esta Directiva, todos los datos necesarios para que la Comisión pueda elaborar un informe, que se presentará al Consejo, sobre la aplicación de la presente Directiva y pueda proponer cualquier otra medida necesaria para la aplicación del principio de igualdad de trato.

*Art. 10.* Los destinatarios de la presente Directiva serán los Estados miembros.

Hecho en Bruselas, el 19 de diciembre de 1978.

**2. DIRECTIVA 86/378/CEE DEL CONSEJO, DE 24 JULIO DE 1986, RELATIVA A LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE TRATO ENTRE HOMBRES Y MUJERES EN LOS RÉGIMENES PROFESIONALES DE SEGURIDAD SOCIAL (DO L 225, 12-8-86) \***

*Art. 1.* La presente Directiva se dirige a la aplicación, en los regímenes profesionales de Seguridad Social, del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres, denominado en lo sucesivo «principio de igualdad de trato».

*Art. 2. 1.* Se consideran «regímenes profesionales de Seguridad Social» los regímenes no regulados por la Directiva 79/7/CEE cuya finalidad sea proporcionar a los trabajadores, por cuenta ajena o autónomos, agrupados en el marco de una empresa o de un grupo de empresas, de una rama económica o de un sector profesional o interprofesional, prestaciones destinadas a completar las prestaciones de los regímenes legales de Seguridad Social o a sustituirlas, tanto si la adscripción a dichos regímenes fuere obligatoria como si fuere facultativa.

2. La presente Directiva no se aplicará:

- a) a los contratos individuales de los trabajadores autónomos;
- b) a los regímenes de los trabajadores autónomos de un solo miembro;
- c) en el caso de trabajadores por cuenta ajena, a los contratos de seguro en los que no participe el empresario;

\* Esta Directiva ha sido modificada por la Directiva 96/97/CE, del Consejo, de 20 de diciembre de 1996 (DO L 46, 7 de febrero de 1997). Se integran en el texto aquellos preceptos sustituidos por la misma.

d) a las disposiciones opcionales de los regímenes profesionales que se ofrezcan individualmente a los participantes con el fin de garantizarles:

- bien prestaciones complementarias,
- bien la elección de la fecha inicial de percepción de las prestaciones normales de los trabajadores autónomos, o la elección entre varias prestaciones.

e) a los regímenes profesionales en la medida en que las prestaciones se financien a partir de las contribuciones abonadas por los trabajadores con carácter voluntario.

3. 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 aun 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 con relación a 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.

*Art. 3.* La presente Directiva se aplicará a la población activa, incluidos los trabajadores autónomos, los trabajadores cuya actividad se vea interrumpida por enfermedad, maternidad, accidente o paro involuntario, y a las personas que busquen empleo, a los trabajadores jubilados y a los trabajadores inválidos, así como a los derechohabientes de dichos trabajadores, de conformidad con la legislación o a las prácticas nacionales.

*Art. 4.* La presente Directiva se aplicará:

- a) a los regímenes profesionales que aseguren una protección contra los siguientes riesgos:
  - enfermedad,

- invalidez,
- vejez, incluido el caso de jubilaciones anticipadas,
- accidente laboral y enfermedad profesional,
- desempleo;

b) a los regímenes profesionales que prevean otras prestaciones sociales, en dinero o en especie, y, en particular, prestaciones de sobrevivientes y prestaciones familiares, si dichas prestaciones se destinaren a dichos trabajadores por cuenta ajena y constituyeren por ello gratificaciones pagadas por el empresario al trabajador en razón del empleo de éste último.

*Art. 5. 1.* En las condiciones establecidas en las disposiciones siguientes, el principio de igualdad de trato implicará la ausencia de cualquier discriminación por razón de sexo, ya sea directa o indirectamente, en especial con relación al estado matrimonial o familiar, particularmente en lo relativo a:

- el ámbito de aplicación de los regímenes y las condiciones de acceso a los mismos;
- la obligación de cotizar y el cálculo de las cotizaciones;
- el cálculo de las prestaciones, incluidos los aumentos debidos por cónyuge y por persona a cargo, y las condiciones de duración y de mantenimiento del derecho a las prestaciones.

2. El principio de igualdad de trato no se opone a las disposiciones relativas a la protección de la mujer en razón de la maternidad.

*Art. 6. 1.* Deberán considerarse entre las disposiciones contrarias al principio de igualdad de trato las que se basen en el sexo, directa o indirectamente, en particular, las que se refieren al estado civil o familiar, para:

a) definir a las personas admitidas a participar en un régimen profesional;

b) establecer el carácter obligatorio o facultativo de la participación en un régimen profesional;

c) establecer normas diferentes en lo que se refiere a la edad de entrada en un régimen o a la duración mínima de empleo o de afiliación al régimen para la obtención de las prestaciones correspondientes;

d) prever normas diferentes, salvo en la medida prevista en las letras h) e i), para el reembolso de las cotizaciones cuando el trabajador abandone el régimen sin haber cumplido las condiciones que le garanticen un derecho diferido a las prestaciones a largo plazo;

e) establecer condiciones diferentes de concesión de prestaciones o reservar éstas a los trabajadores de uno de los sexos;

f) imponer edades diferentes de jubilación;

g) interrumpir el mantenimiento o la adquisición de derechos durante los períodos de permiso de maternidad o por razones familiares, legal o convencionalmente prescritos y remunerados por el empresario;

h) establecer niveles diferentes para las prestaciones, salvo en la medida necesaria para tener en cuenta elementos de cálculo actuarial que sean diferentes según el sexo en el caso de los regímenes de cotización definida.

En el caso de regímenes de prestación definida, financiadas por capitalización, ciertos elementos (de los que algunos ejemplos figuran en el Anexo) pueden ser desiguales en la medida que la desigualdad de los importes se deba a las consecuencias de la utilización de factores actuariales diferentes según el sexo en el momento de la puesta en práctica de la financiación del régimen;

i) establecer niveles diferentes para las cotizaciones de los trabajadores;

Establecer niveles diferentes para las cotizaciones de los empresarios salvo:

— en el caso de regímenes de cotización definida, si lo que se pretende es igualar o aproximar los importes de las prestaciones de pensión para ambos sexos;

— en el caso de regímenes de prestaciones definidas, financiadas por capitalización, cuando las cotizaciones patronales estén destinadas a completar la asignación financiera indispensable para cubrir los costes de dichas prestaciones definidas.

j) prever normas diferentes o normas aplicables solamente a los trabajadores de un sexo determinado, salvo en la medida prevista en las letras h) e i), en lo que se refiera a la garantía o al mantenimiento del derecho a prestaciones diferidas cuando el trabajador abandone el régimen.

2. Cuando la concesión de prestaciones dependientes de la presente Directiva se deje a la discreción de los órganos de gestión del régimen, éstos deberán respetar el principio de la igualdad de trato.

*Art. 7.* Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que:

a) sean nulas, puedan ser declaradas nulas o puedan ser modificadas, las disposiciones contrarias al principio de igualdad de trato que figuren en los convenios colectivos legalmente obligatorios, los reglamentos de empresas o cualquier otro acuerdo relativo a los regímenes profesionales.

b) los regímenes que contengan tales disposiciones no puedan ser objeto de medidas administrativas de aprobación o de extensión.

*Art. 8. 1.* Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que las disposiciones de los regímenes profesionales de los trabajadores autónomos contrarias al principio de igualdad de trato sean revisadas

con efecto anterior al 1 de enero de 1993, a más tardar.

2. La presente Directiva no será obstáculo para que los derechos y obligaciones correspondientes a un período de afiliación a un régimen profesional de los trabajadores autónomos anterior a la revisión de este régimen permanezcan regidos por las disposiciones del régimen en vigor a lo largo de dicho período.

*Art. 9.* En cuanto al régimen de los trabajadores autónomos los Estados miembros podrán aplazar la aplicación obligatoria del principio de igualdad de trato en lo que se refiere a:

a) la fijación de la edad de jubilación para la concesión de pensiones de vejez y de jubilación, así como las consecuencias que puedan derivarse de ellas para otras prestaciones, a su criterio:

— bien hasta la fecha en la que dicha igualdad se realiza en los regímenes legales,

— o bien, como máximo, hasta que una Directiva imponga dicha igualdad;

b) las pensiones de supervivencia hasta que el Derecho comunitario imponga el principio de igualdad de trato en los regímenes legales de Seguridad Social al respecto;

c) la aplicación del párrafo primero de la letra i) del apartado uno del artículo 6, para tener en cuenta los elementos de cálculos actuariales diferentes, como máximo hasta el 1 de enero de 1999.

*Art. 9 bis.* El hecho de que hombres y mujeres puedan exigir una edad de jubilación flexible según las mismas condiciones no deberá considerarse incompatible con la presente Directiva.

*Art. 10.* Los Estados miembros introducirán en su ordenamiento jurídico interno las medidas necesarias para permitir a cualquier persona que se estime perjudicada por la no aplicación del principio de igualdad de trato,

hacer valer sus derechos por la vía jurisdiccional previo recurso, eventualmente, a otras instancias competentes.

*Art. 11.* Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para proteger a los trabajadores contra cualquier despido que se deba a una reacción del empresario por una queja formulada a nivel de la empresa o a una acción ante los Tribunales dirigida a que se haga respetar el principio de igualdad de trato.

*Art. 12.* 1. Los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para ajustarse a la presente Directiva a más tardar tres años después de la notificación de ésta. Informarán de ello inmediatamente a la Comisión.

2. Los Estados miembros transmitirán a la Comisión a más tardar cinco años después de la notificación de la presente Directiva todos los datos pertinentes para que la Comisión pueda elaborar un informe, que deberá presentarse al Consejo, sobre la aplicación de la presente Directiva.

*Art. 13.* Los destinatarios de la presente Directiva serán los Estados miembros.

Hecho en Bruselas, el 24 de julio de 1986.

### Anexo

Ejemplos de elementos que pueden resultar desiguales en lo referente a los regímenes de prestaciones definidas financiadas por capitalización, contemplados en la letra h) del artículo 6:

- la conversión en capital de una parte de una pensión periódica;
- la transferencia de los derechos a pensión;

- una pensión de superviviencia pagadera a un derecho-habiente a cambio de la renuncia a una parte de la pensión;
- una pensión reducida cuando el trabajador opte por la jubilación anticipada.

### 3. DIRECTIVA 86/613/CEE DEL CONSEJO, DE 11 DE DICIEMBRE DE 1986, RELATIVA A LA APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE TRATO ENTRE HOMBRES Y MUJERES QUE EJERZAN UNA ACTIVIDAD AUTÓNOMA, INCLUIDAS LAS ACTIVIDADES AGRÍCOLAS, ASÍ COMO SOBRE LA PROTECCIÓN DE LA MATERNIDAD (DO L 359, 19-12-86)

#### SECCIÓN 1.<sup>a</sup>

#### Objetivos y campo de aplicación

*Art. 1.* La presente Directiva va dirigida, de acuerdo con las disposiciones que siguen, a garantizar la aplicación, en los Estados miembros, del principio de la igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejerzan una actividad autónoma o que contribuyan al ejercicio de dicha actividad en aquellos aspectos que no estén cubiertos por las Directivas 76/207/CEE y 79/7/CEE.

*Art. 2.* La presente Directiva afecta:

a) a los trabajadores autónomos, a saber, a toda persona que ejerza en las condiciones previstas por el Derecho nacional, una actividad lucrativa por cuenta propia, incluidos los agricultores y los miembros de profesiones liberales;

b) a sus cónyuges no asalariados, ni asalariados, que participen, de manera habitual y en las condiciones previstas por el Derecho nacional, en la actividad del trabajador autónomo, efectuando bien las mismas tareas, bien tareas complementarias.

*Art. 3.* El principio de la igualdad de trato, con arreglo a la presente Directiva, implica la ausencia de cualquier discriminación fundada en el sexo, ya fuese directa o indirectamente, por referencia en particular al estado matrimonial o familiar.

#### SECCIÓN 2.<sup>a</sup>

#### **Igualdad de trato a los trabajadores autónomos masculinos y femeninos. Situación de los cónyuges sin estatuto profesional de los trabajadores autónomos. Protección del embarazo y de la maternidad de las mujeres trabajadoras autónomas o cónyuges trabajadores autónomos**

*Art. 4.* En lo que respecta a los trabajadores autónomos, los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias a fin de que se eliminen todas las disposiciones contrarias al principio de igualdad de trato, tal y como se define en la Directiva 76/207/CEE y en particular en lo que se refiere a la creación, la instalación o la ampliación de una empresa o al inicio o a la extensión de cualquier otra forma de actividad de trabajador autónomo, incluidas las facilidades financieras.

*Art. 5.* Sin perjuicio de las condiciones específicas de acceso a determinadas actividades que se apliquen de igual modo para ambos sexos, los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para que los requisitos de constitución de una sociedad entre esposos no sean más restrictivos que las condiciones de constitución de una sociedad entre personas que no estén casadas.

*Art. 6.* Cuando en un Estado miembro exista un sistema contributivo de Seguridad Social para los trabajadores autónomos, dicho Estado miembro adoptará las medidas necesarias para que los cónyuges menciona-

dos en la letra b) del artículo 2, si no estuvieren protegidos por el régimen de Seguridad Social del que se beneficie el trabajador autónomo, puedan adherirse, sobre una base voluntaria y contributiva, a un régimen de Seguridad Social.

*Art. 7.* Los Estados miembros se comprometen a examinar en qué condiciones puede favorecerse el reconocimiento del trabajo aportado por los cónyuges que se citan en la letra b) del artículo 2, y, a la luz de dicho examen, a estudiar todas las iniciativas adecuadas con vistas a favorecer este reconocimiento.

*Art. 8.* Los Estados miembros se comprometen a examinar la cuestión de saber si, y en qué condiciones, las mujeres trabajadoras autónomas y las cónyuges de los trabajadores autónomos pueden, durante la interrupción de su actividad por razones de embarazo o de maternidad:

— tener acceso a servicios de sustitución o a servicios sociales existentes en el territorio, o

— beneficiarse de una prestación económica en el marco de un régimen de Seguridad Social o de cualquier otro sistema de protección social pública.

### SECCIÓN 3.<sup>a</sup>

#### Disposiciones generales y finales

*Art. 9* Los Estados miembros introducirán en su ordenamiento jurídico interno las medidas necesarias para permitir que toda persona, que se estime perjudicada por no habersele aplicado el principio de igualdad de trato en las actividades autónomas, haga valer sus derechos por la vía jurisdiccional, después de recurrir, eventualmente, a otras instancias competentes.

*Art. 10.* Los Estados miembros velarán por qué las medidas tomadas en aplicación de la presente Directiva, así como las disposiciones actualmente en vigor en la materia, sean puestas en conocimiento de los organismos representativos de los trabajadores autónomos y de los centros de formación profesional.

*Art. 11.* El Consejo reexaminará la presente Directiva, a propuesta de la Comisión, antes del 1 de julio de 1993.

*Art. 12.* 1. Los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a la presente Directiva, a más tardar el 30 de junio de 1989.

No obstante, sin un Estado miembro hubiere de modificar su legislación en materia de derechos y obligaciones matrimoniales a fin de dar cumplimiento al artículo 5 de la presente Directiva, la fecha en la cual dicho Estado miembro deberá dar cumplimiento al artículo 5 será el 30 de junio de 1991.

2. Los Estados miembros informarán inmediatamente a la Comisión de las medidas tomadas para dar cumplimiento a la presente Directiva.

*Art. 13.* A más tardar el 30 de junio de 1991, los Estados miembros transmitirán a la Comisión todos los datos útiles con miras a permitir a ésta el establecimiento de un informe que habrá de someter al Consejo sobre la aplicación de la presente Directiva.

*Art. 14.* Los destinatarios de la presente Directiva son los Estados miembros.

Hecho en Bruselas, el 11 de diciembre de 1986.