

ENTRE LA IGUALDAD COMO LÍMITE Y LA DIVERSIDAD COMO PRETEXTO

Santiago González Ortega
Universidad Carlos III de Madrid

I. INTRODUCCIÓN

Los derechos de Seguridad Social reconocidos en el art. 41 de la Constitución no son, bien es sabido, susceptibles de amparo; así lo impide su ubicación constitucional y lo establecido en el art. 53 del mismo Texto Fundamental. Si es que es correcto seguir hablando de derechos de Seguridad Social en el plano constitucional, de atenernos a una difundida opinión según la cual más que a derechos habría que referirse a compromisos públicos de sostenimiento de un relativamente inconcreto sistema de protección que, sólo indirectamente, pero ya en el plano de la legalidad ordinaria, generaría derechos individuales en favor de los particulares¹. Como quiera que sea, la Seguridad Social, en cuanto institución y actividad pública de tutela, sólo se plantea ante el Tribunal Constitucional directamente mediante la cuestión o el recurso de inconstitucionalidad por entender que la acción del legislador se opone a la esencia de ese compromiso público; o, indirectamente, alegando la lesión de otros derechos (estos sí, derechos y, además, fundamentales)

1. Un ejemplo de teorización en esta línea, dando como resultado un difuso concepto constitucional de Seguridad Social, Y. SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA. *Seguridad Social y Constitución*. Civitas, 1995. En contra y en una línea más precisa y exigente, J.L. MONEREO PÉREZ. *Público y Privado en el Sistema de Pensiones*. Tecnos, 1996, págs 77 y ss.

que puedan quedar afectados por la actividad normativa o la interpretación que de ésta puedan hacer los órganos judiciales en relación con la materia de Seguridad Social. Uno de esos derechos es el, complejo, establecido en el art. 14 de la Constitución; esto es, el que se deriva del reconocimiento del principio de igualdad y de la prohibición de discriminación².

Se trata, en consecuencia, de una especie de defensa por reflejo de las expectativas generadas por el art. 41 de la Constitución. Y, como toda defensa indirecta, llena de límites puesto que el tamiz por el que el producto normativo ha de pasar es pequeño en cuanto a su ámbito: sólo lo que tenga directamente que ver con dicho principio de igualdad. Lo que significa que la adecuación constitucional de otros aspectos de la Seguridad Social no relacionados con ese principio o derecho (u otros pocos, como el de libertad ideológica o el de tutela judicial) queda sustraída al juicio directo del Tribunal Constitucional. Pero se trata, en cambio, de un tamiz no necesariamente estrecho en cuanto a la trama de ese cedazo; que es particularmente amplia, flexible y adaptable, como ahora se verá. Con lo que queda expresado el propósito de este trabajo que no es otro que el de reflexionar acerca de algunas Sentencias del Tribunal Constitucional del período 1991-1997 que, enfrentadas a algunas dimensiones de la Seguridad Social (prestacionales, de financiación, de alcance subjetivo y material de la tutela) vistas desde la perspectiva de la igualdad, han debido manifestarse precisando hasta qué punto el trato igual constituye una insoslayable seña de identidad del sistema público de protección social; cuál es, en esa dimensión, el papel y la libertad de acción del legislador; qué razones justifican las diferencias de trato, en el entendido de que el principio de igualdad, sobre todo referido a una realidad tan poliédrica como la Seguridad Social, nunca puede ser pleno; y, finalmente, qué condiciones o aspectos constituyen un límite infranqueable a la alegación de la diferencia justificada o razonable.

Todavía, aun desde el sólo punto de vista de la igualdad, hay varias facetas desde las que abordarla en relación con la Seguridad Social. Sin duda una de las más prolíficas es la que tiene que ver con el sexo en cuanto factor condicionante de ciertas prestaciones por muerte y supervivencia (viudedad, en favor de hijas y hermanas); otra es la que, en el marco más amplio de la protección familiar, conecta el derecho a la prestación de viudedad a la preexistencia de una unión heterosexual matrimonialmente formalizada en detrimento de otro tipo de modelos familiares, uniones convivenciales o de hecho, sean heterosexuales o basadas en preferencias de signo contrario. Como también es posible abordar el binomio

2. De la abundancia y centralidad del art. 14 de la Constitución en materia de Seguridad Social da fe el trabajo de I. GARCÍA-PERROTE ESCARTÍN. "Jurisprudencia Constitucional sobre Seguridad Social". *Relaciones Laborales*. 15/16, 1997, págs 173 y ss. que incluso utiliza para titular algún epígrafe de su trabajo la expresión "la frecuentísima invocación del principio de igualdad".

igualdad-seguridad social teniendo en consideración la inembargabilidad de las prestaciones, la inclusión o exclusión del campo subjetivo de protección del sistema por razones de parentesco, el tipo de contrato de trabajo si fijo discontinuo u ordinario a tiempo completo respecto del desempleo, o la limitación geográfica de ciertas prestaciones de desempleo³.

No es mi propósito analizar todas estas manifestaciones de la igualdad (o de la desigualdad justificada y razonable, tanto da). Me limitaré, por el contrario, a considerar la cuestión del principio de igualdad en cuanto: (a) las diferencias prestacionales o de cobertura entre los diversos regímenes del sistema de Seguridad Social, más concretamente en relación con los regímenes especiales de trabajadores autónomos, con los trabajadores autónomos del régimen especial agrario y con el régimen especial de empleados al servicio del hogar familiar; (b) las diferencias de protección frente a la misma contingencia, en mejor o peor, provocadas por la sucesión y el cambio normativo; y (c) la diferencia de trato en el terreno fiscal de prestaciones esencialmente iguales, en el caso, las previstas para las situaciones de invalidez⁴.

II. LAS DIFERENCIAS DE TRATO RESPECTO DE LA PROTECCIÓN DE LA INVALIDEZ

La tentación de alegar una lesión del principio de igualdad en un marco prestacional tan amplio y complejo como es el de la Seguridad Social es una tentación muy fuerte. Las diferencias de tratamiento son frecuentes y fáciles de detectar y las solicitudes de trato similar surgen naturalmente si se parte de una consideración unitaria de la situación de necesidad a proteger. Si, y éste es el argumento tipo de la reclamación de igualdad, las contingencias protegidas son las mismas, si las situaciones de necesidad son semejantes y si la finalidad esencial de todo el sistema de Seguridad Social es la protección solidaria de tales fenómenos carenciales mediante mecanismos redistribuidores, las prestaciones no pueden sino dispensarse por igual a quienes se encuentren en esas mismas situaciones de necesidad de partida. Aceptado esto, aparecen una serie de desigualdades que no se compaginan bien con la naturaleza ni con la función constitucionalmente asig-

3. Sobre estas manifestaciones del principio de igualdad en relación con la Seguridad Social puede consultarse, a modo de guía aunque incompleta por el criterio elegido para seleccionar las Sentencias, el trabajo de GARCÍA PERROTE-ESCARTÍN citado en la nota anterior.

4. Ahora de "incapacidad permanente", por haber alterado la denominación el art. 8. Cinco de la Ley 24/1997, de 15 de julio, de consolidación y racionalización del sistema de Seguridad Social. No obstante este cambio, sin más alcance aparente que el terminológico, en el presente trabajo se seguirá utilizando la anterior denominación, siquiera sea por respetar la usada, no podía ser de otra forma, por las Sentencias que se comentan.

nada a la Seguridad Social situaciones de necesidad idénticas protegidas en unos regímenes y desprotegidas en otros; para las que se exigen requisitos de acceso a la prestación diversos de un régimen a otro; dotadas de una valoración distinta con repercusión en la existencia o no de la protección o su cuantía, respecto de la contingencia protegida, para situaciones de hecho semejantes.

Si a lo anterior se une el hecho de un indiscutible proceso de convergencia, potenciado incluso normativamente (en la actualidad, el art. 10 de la LGSS de 1994, pero también en textos legales anteriores) hacia un modelo unitario de protección de cada tipo de contingencia que se manifiesta en la progresiva supresión de la diferencia legal de trato, y si se valora particularmente la indiscutible preeminencia dada por el art. 41 de la Constitución a la situación de necesidad como título legitimante de la tutela más que a otros requisitos derivados de una profesionalidad cotizante mantenida en el tiempo, quedan justificadas estas recurrentes demandas de igualación, con base en el art. 14 de la Constitución, frente a la Seguridad Social entendida como sistema y como unidad prestacional y de tutela.

Ejemplos de este tipo de reclamación pueden encontrarse en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional del período elegido, normalmente referidos a trabajadores por cuenta propia o autónomos; ya sea integrados en el régimen especial que les es propio (RETA, a partir de ahora) ya sea en el de trabajadores agrícolas (REA, en adelante); también hay ejemplos respecto de un tipo especial de trabajadores como son los trabajadores al servicio del hogar familiar integrados en el correspondiente régimen especial (RESA, en lo sucesivo). En los tres casos, aunque por razones distintas, se trata de Regímenes Especiales que se mueven convergiendo paulatinamente hacia el Régimen General, y en los que el punto de partida es un nivel prestacional inferior (con prestaciones no previstas, o de peor calidad en cuantía y tiempo) que el del Régimen General o común de los trabajadores asalariados de la industria y los servicios (y de muchos funcionarios y empleados públicos). Por lo que hace a los autónomos del RETA es preciso subrayar, además, una particular y sostenida reticencia sobre la equidad de la protección otorgada que deja traslucir un difuso sentimiento de incomodidad ante la identidad de tutela en comparación con los trabajadores por cuenta ajena; sentimiento más evidente en la confrontación de asalariados y autónomos dentro del propio REA. Y, por lo que hace al RESA, su naturaleza de Régimen Especial subalterno, caracterizado como tal por la condición dudosamente, o al menos marginalmente, laboral del colectivo⁵ y que lo ha colocado en un punto de partida, respecto del nivel de

5. De hecho, parte de él es tratado en el marco de la Seguridad Social directamente y en todos los aspectos como trabajador por cuenta propia o autónomo (por ejemplo, desplazando totalmente sobre él las obligaciones de afiliación, alta y cotización cuando se trata de un trabajador no exclusivo); y otra parte (el que trabaja exclusivamente para un solo cabeza de familia) sólo es salvado de esta condición y

protección, muy retrasado si se compara con el modelo general, dando origen a frecuentes agravios comparativos que son la estructura mental tópica desde la que surgen las demandas de igualdad.

En todos los casos (y podría intentarse una explicación del por qué, pero es irrelevante a los efectos de lo que aquí interesa), las reclamaciones se refieren a prestaciones de invalidez; ya sea para denunciar que se exigen requisitos (edad, período de carencia) que no existen en el Régimen General o en otros Regímenes Especiales; ya sea para poner de manifiesto que hay una ausencia del trato mejor que se da en otros Regímenes (no exigir carencia para invalidez derivada de accidente, existencia de un grado de cualificación de la invalidez en razón de la edad de 55 años con mejora de la prestación); ya sea, en fin, para censurar que situaciones de hecho invalidantes consideradas iguales no den derecho a prestaciones también iguales al margen del régimen de que se trate (valoración diferenciada a efectos de la incapacidad permanente parcial de una lesión del mismo tipo).

1. La primera de las Sentencias que comentaré es la 184/1993, de 31 de mayo. La demanda de amparo fue interpuesta por un vendedor-repartidor por cuenta propia, incluido en el RETA, que, a consecuencia de un accidente no laboral, solicitó una prestación de invalidez en grado de incapacidad permanente total para su profesión habitual; siéndole denegada por el INSS, pese a aceptar la existencia de la invalidez, por no tener 45 años, requisito de edad mínima exigido entonces en las normas reguladoras de dicho Régimen Especial para las prestaciones de esta naturaleza. Tras interponer demanda ante la Magistratura de Trabajo, que la estimó por considerar discriminatoria la exigencia, y ver aceptado, en cambio, el recurso de suplicación planteado por la entidad gestora, el interesado acudió al Tribunal Constitucional alegando la vulneración del art. 14 de la Constitución, fundamentalmente por entender que se trataba de un requisito para el reconocimiento del derecho no exigido, ante igual contingencia, en el Régimen General.

Las afirmaciones de la Sentencia son particularmente relevantes por varias razones. En primer lugar, porque constituyen una síntesis de la posición del Tribunal acerca de esta materia de la igualdad de trato en relación con las prestaciones de la Seguridad Social y los requisitos para obtenerlas; tan es así, que esta

restituido a la de asalariado en los aspectos formales de encuadramiento y de cotización, para seguir siendo "autónomo" en la faceta prestacional. Véase el Decreto 2346/1969, de 25 de septiembre, regulador del Régimen Especial de la Seguridad Social del Servicio Doméstico, Capítulos III a V, en el momento de producirse las reclamaciones y hoy día derogados o modificados por los Reales Decretos 84/1996, de 24 de enero, sobre afiliación, altas y bajas, 2064/1995, de 22 de diciembre, sobre cotización y liquidación de derechos en la Seguridad Social y la Disposición Adicional del Real Decreto 2319/1993, de 29 de diciembre, sobre prestaciones de invalidez derivadas de accidente. R. QUESADA SEGURA. *El contrato de servicio doméstico*. Edit. La Ley, Madrid, 1991, págs. 215-261.

Sentencia se reproducirá en algunas posteriores de forma literal y servirá de modelo para otras⁶. En segundo lugar, porque trata de establecer un equilibrio entre la diferencia, que considera inevitable, entre Regímenes de la Seguridad Social y límites a la propia acción diferenciadora del legislador, que debe someterse a ciertos controles. En tercer lugar, porque intenta un análisis a fondo de las razones justificadoras de la diferenciación que, en este caso, tiene el grave precio para el trabajador de la desprotección. Y, en cuarto lugar, porque concluye, de forma sorprendente, justificando la diferencia cuando todo hacía presagiar que la repudiaría; lo que no puede sino plantear dudas acerca de la coherencia entre argumentación y conclusiones.

Vayamos, pues, por partes. El Tribunal Constitucional, recogiendo afirmaciones anteriores muy reiteradas (no hay, pues, novedad alguna en esto) insiste en que “no puede alegarse discriminación como resultado de la comparación de Regímenes de la Seguridad Social distintos, dado que no son términos homogéneos y que las peculiaridades de cada sector de actividad y las diferencias entre trabajadores de unas y otras son muy claras”⁷. Para remachar la aseveración añade que “la articulación del sistema en un Régimen General y diversos Regímenes Especiales y sus diferencias normativas se justifican por las peculiaridades socio-económicas, laborales, productivas o de otra índole que concurren, aun cuando la legislación posterior tienda a conseguir la máxima homogeneidad con el Régimen General que permitan las disponibilidades financieras”⁸. Antes de analizar el freno que el mismo Tribunal Constitucional coloca inmediatamente frente al riesgo de banalización de las diferencias que tales afirmaciones pueden fomentar, prefiero depurar con mis propias ideas las consecuencias que se derivan de las mismas.

En primer lugar, se está partiendo, sin discutirlo siquiera, de un dato en sí mismo engañoso: el que existen Regímenes de Seguridad Social diferentes. Esto es indudable, pero no pasa de ser un mero dato formal fruto de opciones normativas (o, lo que aún es más aleatorio, puramente organizativas) que no pueden legitimarse a sí mismas. La Sentencia presupone que existen Regímenes de Seguridad Social diferentes porque hay peculiaridades productivas o características de los trabajadores adscritos a unos u otros que justifican substantivamente esa diferencia. Y esto no es ni mucho menos pacífico. Porque, como se sabe, los Regímenes de la Seguridad Social tienen un origen y una justificación variada, frecuentemente ligada

6. De las primeras, los ejemplos son inmediatos, SS. 231/93, de 12 de julio, 356/93, y 359/93, ambas de 29 de noviembre; de las segundas se hará advertencia y se dará razón en este mismo trabajo.

7. Entre las otras sentencias del Tribunal Constitucional que ésta cita destaca la 173/1988, de 3 de octubre. Más referencias en GARCÍA-PERROTE, cit. págs. 182 y ss.

8. Citando de nuevo numerosas sentencias del Tribunal para cuya identificación remito al texto de la Sentencia.

a circunstancias que no tienen nada o poco que ver con las “peculiaridades” del sector: mantenimiento de ventajas, establecimiento de prestaciones de peor calidad (precisamente), clientelismo político, inercias normativas e institucionales, resistencialismo a la integración, dificultades técnicas referidas más a los actos de encuadramiento y a la financiación que a las prestaciones, etc. En consecuencia, no es lícito afirmar sin más que el hecho de que se haya compartimentado la Seguridad Social en Regímenes ya refleja por sí mismo la racionalidad y la justificación de la división interna.

Pero es que, en segundo lugar, el que los Regímenes de la Seguridad Social se organicen así, de ser cierto, por las “peculiaridades” del sector o de los trabajadores no justifica tampoco en sí mismo la diferencia de trato dentro de la Seguridad Social; o, al menos, no en todos sus aspectos, y no, sobre todo, en lo que aquí interesa, en la dimensión prestacional. Sectores peculiares (la Administración Pública u otros tan específicos productivamente dentro del Régimen General como puede serlo otro ajeno al mismo: en el primer caso, el transporte, y, en el segundo, la minería del carbón o, en su día, los trabajadores ferroviarios) y trabajadores singulares (fijos discontinuos, trabajadores a tiempo parcial, contratados administrativos, funcionarios públicos, cooperativistas, artistas) hay igualmente dentro del Régimen General y no por esa razón la regulación referida a los temas de Seguridad Social ha de ser necesariamente distinta; o, cuando menos, no obligadamente distinta en todos sus aspectos. Es precisa, en consecuencia, una reflexión que, superando las distinciones meramente formales, descienda al detalle de las causas que podrían justificar una diferenciación en el grado de cobertura de las contingencias y situaciones de necesidad protegidas. Y para esto, las “peculiaridades” sectoriales o laborales enunciadas no sirven si no se proyectan en la dimensión de protección social que es donde está la diferencia y donde ésta debe ser justificada.

Esto es lo que la Sentencia no hace todavía. Porque, con gran economía y generalidad, acaba diciendo que lo que justifica el trato distinto son las “peculiaridades socio-económicas, laborales, productivas o de otra índole” (sorprendente que no entren en esa enumeración las que pudieran tener consecuencias directas justificables sobre la protección social) que sólo desaparecerán (y esta es finalmente la clave de la argumentación) cuando “lo permitan las disponibilidades financieras”. Lo que no es sino una confesión implícita de la injustificación de la propia diferencia, si exigimos la existencia de un criterio sustantivo. Por el contrario, la Sentencia está admitiendo que la identidad es perfectamente posible y que esa peculiaridad, hipotéticamente justificadora de la diferencia, en realidad no obliga a ella ni impide en absoluto la homogeneización. Y que, en fin, esa distinción se construye a partir de unos antecedentes (un sistema organizado en base a compartimentos estancos, con desorden interno y diferencias coyunturales debidas a una variedad de motivos y asentada en un momento en que la inquietud de la igual-

dad, claramente postconstitucional, no existía como ahora), evoluciona natural y lógicamente hacia su destino final de unidad (u homogeneidad como plasmación auténtica del modelo constitucional y de la más reciente pulsión unitaria); pero que esa evolución no es posible de forma inmediata porque los condicionamientos financieros la impiden, obligando a un proceso de unificación que, en cuanto mantenido sin vueltas atrás ni regresiones, queda legitimado por su continuidad y por su razonable transitoriedad o provisionalidad.

Aun aquí habría cosas que decir. Primero, que esa transitoriedad no se cuantifica y puede ser interminable dependiendo de decisiones políticas coyunturales que subordinen el proceso, y su rapidez, a conveniencias de otro tipo. Segundo, que no se recurre a la misma justificación en otros casos de posible lesión de la igualdad donde también hubiera tenido cabida; es el caso de la diferenciación de prestaciones por razón de sexo como es la pensión para las viudas o la edad de jubilación que se acepta, es verdad que transitoriamente, en algunos ordenamientos, considerando compatible con la igualdad el proceso continuo de asimilación. Tercero, que en el caso de la Sentencia 184/93, la frontera de la diferencia la provoca la edad que, como la Sentencia acepta, es una de las razones de discriminación (o de prohibición de trato desigual en ella fundado) situables en el art. 14 de la Constitución, en concreto en la referencia a las “circunstancias personales”; por lo que, si bien la edad puede ser un criterio de distinción objetivo y razonable, debe esclarecerse su legitimidad cuando es un “requisito para adquirir el derecho a la prestación”. Cuarto, que la Sentencia no hace un análisis real de esos condicionamientos financieros del sistema, por ejemplo, comprobando si efectivamente ese obstáculo existe, si la equiparación es en verdad imposible por esa razón, o previendo el coste de la misma; por el contrario, la escasez de medios económicos es una afirmación apodíctica que, partiendo de un concepto de la Seguridad Social sólo como estructura de gasto, de nuevo se justifica a sí misma y justifica decisiones tomadas en base a su indiscutibilidad. De forma que, finalmente, esas “disponibilidades financieras”, siempre limitadas y para las que toda reforma en términos de ampliación de la protección constituye una carga suplementaria insostenible o indeseable, acaban convirtiéndose en árbitro de la evolución del sistema de Seguridad Social, del cumplimiento de sus funciones de protección y de la realización del principio de igualdad dentro del mismo.

La Sentencia hace sus propias reflexiones, o mejor reitera otras ya hechas antes⁹; por eso es más directo reproducir aquí el contenido de la Sentencia 39/92. En concreto cuando sostiene que la existencia de Regímenes distintos no puede justificar por sí misma y de manera automática la diferencia, “pues ello sería tanto

9. Sentencia 39/1992, de 30 de marzo.

como dejar al arbitrio del legislador la eficacia del principio de igualdad cuya aplicación podría verse excluida por el simple procedimiento de crear sistemas legales diferentes que actuaría como justificación de tratamientos diferentes, aunque no concudiesen razones sustantivas que legitimaran su diferencia". Al reproducir esta afirmación la Sentencia 184/93 anula lo sostenido por ella misma párrafos antes como justificación de la diferencia. Por eso, se ve en la obligación de decir que ello, "sin desvirtuar el criterio reiteradamente sustentado por el Tribunal", hará posible, y aquí es donde está el núcleo de su argumentación, "excepcionalmente" (primera cautela lingüística) "en algún caso singular" (segunda cautela) "trascender el mero aspecto formal de la diversidad de ordenamiento", siempre que la diferencia "notoriamente" (tercera cautela) carezca de razonabilidad y objetividad

En la práctica, todo el discurso anterior lleva a concluir que la diferencia de trato a sujetos incluidos en diferentes Regímenes de la Seguridad Social puede ser un indicio de desigualdad incompatible con la Constitución sin que, en principio, la adscripción a uno u otro Régimen la justifique por sí misma; sólo que esa adscripción diferenciada supone un cierto elemento de apoyo a su legitimidad que deberá ser contestada por el sujeto interesado. Como también dice la Sentencia 39/92¹⁰ "el caso de concurrencia de sistemas normativos distintos presenta la especial peculiaridad de sufrir una especie de inversión en la carga alegatoria, en relación con las diferencias que se produzcan en el ámbito de un mismo régimen legal, puesto que en éste corresponde ofrecer la justificación de la diferencia al que defiende su constitucionalidad". Nada que objetar a esta inversión de la carga alegatoria que supone una importante afirmación metodológica ya que permite, en consecuencia, adentrarse seriamente en los elementos de justificación de la diferencia, en su objetividad y razonabilidad; aunque sea para desvirtuarla por quien esté interesado y no para exigir a quien la introdujo y la sostiene la prueba de esos factores de legitimación. Esta matizada posición no debe engañar sobre un riesgo posible: que nunca, o sólo excepcionalmente, se considere que la prueba de la irrazonabilidad o falta de objetividad de la diferencia es suficiente y que, en consecuencia, toda distinción se vea legitimada; no tanto porque así se compruebe (afirmación positiva de justificación de la diferencia) sino porque no sea bastante contundente la demostración de su falta de sentido (afirmación negativa de la falta de justificación de la discriminación). La desigualdad de trato es así constitucional no tanto porque esté fundamentada sino porque no lo está que no lo sea¹¹.

10. Repitiendo la Sentencia 103/1983, de 22 de noviembre, primera de la serie reconociendo el derecho a la pensión de viudedad en las mismas condiciones con independencia del sexo del cónyuge superviviente.

11. Algo así como la diferencia entre probar la inocencia o establecer la no culpabilidad.

Sentada esta condición metodológica, la Sentencia 184/93 aborda si la exigencia de una cierta edad, 45 años, para tener derecho a una pensión de invalidez permanente total en el RETA, a diferencia del Régimen General y de otros Regímenes Especiales en los que no se exige edad alguna, es o no contraria al principio de igualdad. Y, en principio, todo parece indicar que el Tribunal Constitucional va a aceptar esta pretensión. Para lo que desgrana una serie de razones. Primera, que la situación patológica de invalidez es la misma que la de un trabajador menor de 45 años del Régimen General, "pues debe presumirse en ambos una idéntica dificultad para hallar una profesión alternativa". Segunda, que la repercusión sobre la capacidad residual del trabajador es la misma que en el Régimen General o en otros Regímenes Especiales ya que así lo reconoce el propio ordenamiento al establecer esta prestación, sin exigencia de edad, para autónomos de otros sectores productivos (mar, agrarios) no incluidos en el RETA "y no puede afirmarse en abstracto que la incapacidad del trabajador autónomo de la industria o del sector servicios tenga una distinta relevancia". Tercera, que la noción de incapacidad invalidante es igual en el Régimen General que en los Regímenes Especiales y depende de la capacidad para trabajar que conserva quien la sufre; y ya se trate de un trabajador asalariado o autónomo, la incapacidad permanente total inhabilita para realizar "todas o las fundamentales tareas de su respectiva profesión". Cuarta, que no cabe alegar que el trabajador autónomo incapacitado siempre podrá utilizar el servicio remunerado de otras personas para proseguir de alguna forma su actividad, conservando la titularidad del establecimiento abierto al público; porque, caso de disponer de establecimiento propio (lo que no es generalizado) esta posibilidad quedaría abierta también al trabajador autónomo inválido total pero con más de 45 años, quien tendría derecho en todo caso a la prestación.

Tras este completo alegato a favor de la igualdad (no de otra forma puede entenderse al leerlo), la Sentencia 184/1993 finaliza (fundamento jurídico 6) con una conclusión sorprendente: denegar el amparo por estimar que no hay vulneración del principio de igualdad. Esta conclusión no sólo es llamativa por cómo se produce y tras qué tipo de argumentos. Lo es, fundamentalmente, porque para justificar el fallo ofrece unas razones que enlazan con la primera de las premisas en su momento rechazada: la que funda la legitimidad de la diferencia en factores de variado tipo, y básicamente de naturaleza económica o financiera. Que es en Seguridad Social, a lo que parece, el argumento talismán que todo lo legitima; máxime cuando de lo que se trata es de recortar o denegar la protección.

Más específicamente, el Tribunal sostiene lo siguiente. De una parte, que "la presencia de una misma situación de necesidad derivada de una contingencia invalidante no basta para entender lesionado el principio de igualdad". Seguramente no por sí mismo, pero casi, habría que añadir. Se trata de una afirmación muy discutible porque niega, precisamente, los dos elementos que hacen exigible la

protección y la justifican por su objeto: una situación de necesidad igual (aquí, la incapacidad total para el trabajo o profesión habitual), derivada del mismo tipo de contingencia (el accidente) lo que debería llevar a establecer, para todos esos casos en los que Seguridad Social está llamada a intervenir, una protección similar si no hay otras razones que marquen la diferencia; razones, lógicamente, vinculadas a la propia situación de necesidad y a la función de protección, que son las señas de identidad de los sistemas de Seguridad Social (el español incluido, por muy evanescente que se considere el art. 41 de la Constitución). La Sentencia 184/93 no lo entiende así, sin que llegue a pronunciarse sobre qué es lo que falta para exigir la protección y, en consecuencia, para entender lesionado el principio de igualdad (ventajas, seguramente, de la inversión de la carga alegatoria).

A partir de aquí el Tribunal hace la típica interpretación, indeterminada y ambigua, del art. 41 de la Constitución: la Seguridad Social es, sí, una función estatal que atiende centralmente a situaciones de necesidad, pero esas situaciones no bastan en sí mismas consideradas o en su conexión objetiva con la capacidad de ganancia del sujeto o con la aptitud para superar individualizadamente esa situación de necesidad. Por el contrario, exige el Tribunal atender, lo que no deja de ser chocante cuando se habla de situaciones personales de necesidad, al “contexto general” (que no se sabe bien qué es), a las “circunstancias económicas y a las disponibilidades del momento”, a las “necesidades de los diversos grupos sociales” (otra referencia llena de vaguedad, como si la desprotección de unos fuera ineludiblemente premisa para la protección de otros). Reaparecen con toda su fuerza argumentativa (no mucha) las “disponibilidades financieras” del sistema de Seguridad Social. La lógica de la financiación, que es decisión política y no elemento objetivo, es la que lleva a justificar una limitación de la protección (en este caso, expulsión pura y simple de la misma) que se acaba proyectando en una situación individual de necesidad materialmente susceptible como tal de tutela, como lo es, material y legalmente, en otros casos semejantes. Es, al final, un juicio de preferencia para determinados grupos de trabajadores, sin que la Sentencia explique en base a qué ha funcionado en este caso la que llama “importancia relativa de las situaciones de necesidad a satisfacer”. La recuperación del pretexto económico, antes desplazado, es evidente.

Como colofón a esta vuelta del discurso a las razones que al inicio se han rechazado, la Sentencia concluye renegando de sí misma. La Constitución, dice, no constriñe al “establecimiento de un único sistema prestacional fundado en principios idénticos” (lo que quizás sería aceptable); tampoco obliga a que el derecho a las prestaciones nazca de “unos mismos requisitos” o de “la previsión de iguales circunstancias” (lo que ya no es tan aceptable, si se trata de la misma situación de necesidad y de la misma contingencia); para acabar afirmando que “la identidad del nivel de protección de todos los ciudadanos podrá constituir algo deseable”

pero (y es la confirmación de que, al fin y al cabo, el Tribunal no se ha movido de donde partía), “cuando las prestaciones derivan de distintos sistemas o regímenes, cada uno con su propia normativa, (esa identidad del nivel de protección) no constituye un imperativo jurídico”. Punto final. El fallo no habría contado con un ápice más de fundamentación si la Sentencia se hubiera ahorrado los fundamentos jurídicos tercero a quinto inclusive.

Por último, y aunque se trata de una razón más adjetiva, su utilización y la forma cómo lo hace el Tribunal revela un final de desconcierto y confusión argumentativa. No se puede decir, para justificar la exclusión de la protección por invalidez a los autónomos del RETA menores de 45 años, que “la edad ha sido uno de los requisitos tradicionales para el acceso de las prestaciones de la Seguridad Social” y que esa edad de 45 años, inicialmente, “era común al Régimen General y al Régimen Especial de trabajadores por cuenta propia o autónomos”. Porque siendo cierto que la edad es frecuentemente una frontera para el surgimiento, o el fin, del derecho a la prestación (la orfandad o la jubilación son casos típicos), es válido utilizarla de forma general, esto es, sin discriminación; lo discutible es que ese requisito exista y deje de existir para unos u otros Regímenes siendo igual la situación de necesidad y la contingencia protegida.

2. La segunda Sentencia a comentar es la 268/1993, de 20 de septiembre¹². El Régimen Especial es ahora el RESD pero la situación de la trabajadora similar al caso anterior. A consecuencia de un accidente de trabajo, la demandante de amparo quedó afectada por una incapacidad permanente total para su profesión habitual sin derecho a prestación por no reunir el período mínimo de carencia de sesenta meses exigido en su momento por las normas reguladoras del RESD. Rechazada la solicitud de prestación por el INSS, fue igualmente rechazada la demanda por el Juzgado de lo Social; sentencia confirmada más tarde por el Tribunal Superior de Justicia correspondiente.

De nuevo aquí el Tribunal Constitucional argumenta afirmando la diversidad interna del sistema de Seguridad Social para justificar la diferencia de protección, añade la cautela, tomada de la Sentencia 39/92, del necesario control del arbitrio del legislador, sostiene la inversión de la carga alegatoria de la discriminación en perjuicio del demandante de amparo y pasa, en fin, a verificar la constitucionalidad de la diferencia establecida en el Decreto 2346/1969, regulador del RESD. Y sus razones para denegar, también aquí, el amparo son las siguientes.

Primero, la incuestionable singularidad del trabajo al servicio del hogar familiar debido a su naturaleza de relación laboral de carácter especial. Esto es indudable

12. La 377/93, de 20 de diciembre es igual, aborda un problema similar y se remite a ésta.

aunque no se comprende bien qué repercusión tiene sobre el accidente de trabajo, la invalidez permanente y su protección. Lo que la Sentencia parece querer decir es que, respecto del trabajo al servicio del hogar familiar, es difícil diferenciar cuándo el accidente producido es o no de trabajo, por la indeterminación de la jornada y del propio lugar de trabajo. En síntesis, el Tribunal recoge la argumentación del INSS cuando señala “la extrema dificultad para calificar la eventual lesión como accidente laboral o no, por la complejidad y difusa determinación de los factores de tiempo y de lugar del trabajo”. Que sea difícil no quiere decir que sea imposible o que tal concepto no exista; de hecho, la propia Sentencia califica en los antecedentes al accidente como laboral. Y, además, hay que recordar que la exclusión del requisito de cotización en el Régimen de la Seguridad Social con el que se establece la comparación (el General, como habitualmente) no se produce sólo respecto del accidente de trabajo sino de todo accidente, sea o no laboral. Luego, lo importante es que sea un accidente (que es indudable que lo fue) no si fue o no de trabajo; y la diferenciación entre uno y otro debe ser, pues, finalmente irrelevante.

Segundo, la naturaleza contributiva de la prestación que exige, en consecuencia, un período previo de carencia. “Nada extraño tiene, dice el Tribunal, que en su nacimiento, contenido o características influya, más o menos decisivamente, el historial asegurador como cotizante del beneficiario, esto es, que el nacimiento del derecho y/o la cuantía de la prestación esté en función de la existencia e importe de las cotizaciones previas”. Llevando este tipo de argumento hasta sus últimas consecuencias, no podría haber prestaciones, en el nivel contributivo del sistema de Seguridad Social, para las que no hubiera una exigencia previa de períodos de carencia. No es así, como es sabido, porque, en el Régimen General y en casi todos los Regímenes Especiales, no se exigen períodos previos de cotización cuando las contingencias derivan de riesgos profesionales o de accidente aunque no sea de trabajo; y no por eso se sostiene que el sistema de Seguridad Social, en su parte profesional, ha dejado de ser contributivo. Y esto es así porque la caracterización del sistema como contributivo es global, sin que necesariamente deba llevarse, entendida esta nota como relación directa entre cotización y prestaciones, a todas y cada una de ellas. Además, la Sentencia ignora que lo que se alega es la diferencia de trato, no el hecho en sí de la exigencia del período de cotización; que sería ineludible y plenamente justificada si se considerara siempre, en todos los Regímenes del sistema de Seguridad Social, condición inexcusable para generar el derecho a la prestación.

Tercero, que en el RESD no se cotiza por contingencias profesionales por lo que no puede exigirse una protección específica por estos riesgos. Se olvida de nuevo que, con carácter general, tampoco se exige período de carencia cuando se trata de accidente no laboral; luego la cotización previa por un período de tiempo

es irrelevante. Pero es que, además, la ausencia de cotización específica, a cargo por cierto en exclusiva del empresario, es fundamentalmente una ventaja para éste desde el punto de vista del coste laboral, sin que beneficie en nada al trabajador; y no es lógico que se convierta en un argumento en contra de sus expectativas de protección social. Por otra parte, y de nuevo llevando el argumento hasta el extremo, la ausencia de cotización por riesgos profesionales significaría, de ser coherentes con la proclamada contributividad, que no debería existir protección alguna en el RESD cuando se trate de una contingencia provocada por un riesgo de esta naturaleza. Y no es así ya que lo que existe es un requisito añadido para generar el derecho a la protección que no existe en otros Regímenes frente a un supuesto de accidente, sea o no laboral. No es correcto decir, pues, como hace el Tribunal Constitucional que “la falta de esta cotización adicional por accidentes de trabajo no es causa irrazonable ni desproporcionada para que en el Régimen Especial que se examina la prestación de invalidez en su modalidad contributiva se haga depender de un período previo de cotización”.

En realidad, a poco que se lea con detenimiento la Sentencia, aparecerán las verdaderas razones (otra cosa es que sean suficientes desde el punto de vista de la tutela del principio de igualdad) de la denegación del amparo. Son las siguientes: a) que una de las “legítimas finalidades del legislador” es “la prevención de conductas con riesgo de fraude”; lo que es insostenible como sospecha generalizada sobre los sujetos protegidos en el marco de un determinado Régimen; b) que la menor cotización de los integrantes del RESD justifica una menor calidad de la prestación, debido a la necesidad de buscar un “cierto equilibrio económico del Régimen”; justificación económica que debe ser ajena al superior criterio de igualdad; c) que, en cualquier caso, siempre podrá la trabajadora acudir al nivel de prestaciones no contributivas ya que, respecto de ellas, no hay ninguna exigencia de cotización; pero sí de un elevado grado de invalidez o minusvalía al que no se llega con una incapacidad permanente total por lo que la desprotección es segura y no siempre funciona el nivel no contributivo de prestaciones como lenitivo frente a la expulsión de la protección contributiva. En definitiva, la razón central no expresada es la propia marginalidad del trabajo al servicio del hogar familiar y la peor calidad de su protección social justificada por la menor presión contributiva sobre los cabezas de familia empleadores; desplazando ese coste no sobre el sistema de Seguridad Social sino sobre sus beneficiarios. Un resultado que, producido a costa de la igualdad, no es precisamente satisfactorio.

3. En una línea similar se mueve la Sentencia 38/1995, de 13 de febrero, si bien el trabajador implicado vuelve a ser un autónomo, afectado por una incapacidad permanente absoluta derivada de accidente no laboral, al que se le deniega la prestación por no reunir el período de cotización de sesenta meses exigido en ese

momento en el RETA, aunque no en el Régimen General. Desestimada su pretensión en el Juzgado de lo Social y en la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia, acude al Tribunal Constitucional en demanda de amparo, el cual también desestima el recurso.

Se trata de una Sentencia de reiteración y de aquí la referencia que la misma hace a las dos que se acaban de comentar¹³. Poco nuevo, pues, añade porque copia lo dicho por esas otras Sentencias. Pero algo puede subrayarse de su contenido. En primer lugar, que los dos argumentos buscados para justificar la diferencia de trato son ahora el muy discutible (como se acaba de ver) de la naturaleza contributiva de la prestación que, quizás, pudiera entenderse más justificado porque no se trata de una invalidez derivada de riesgo profesional alguno sino de accidente no laboral. Pero, como se dijo más arriba, lo que se critica por el demandante de amparo no es la existencia en sí del requisito del período de carencia, en cuya razonabilidad puede convenirse, sino el que ese período se exija en unos casos (RETA) y en otros no (Régimen General); el otro argumento es el de las “disponibilidades económicas”, igualmente criticado ya. En segundo lugar, que el esfuerzo por evitar lo que se había denominado como arbitrio del legislador ha desaparecido y con él toda la matizada argumentación acerca de la inversión alegatoria y la posibilidad para el recurrente de probar la falta de razonabilidad de la igualdad de trato.

Como, finalmente, la Sentencia establece: “aunque existe una tendencia a la equiparación de los distintos Regímenes que integran el sistema de la Seguridad Social, corresponde al legislador llevar a cabo la culminación de este proceso (...) en el que el Tribunal Constitucional no debe interferir con decisiones singularizadas susceptibles de alterar el equilibrio económico financiero del conjunto de la institución, salvo que la diferencia de tratamiento controvertida esté desprovista de toda justificación objetiva y razonable”. Es decir: la Seguridad Social como estructura de protección es desigual casi por naturaleza. Por esta causa y porque se considera que dicha diferencia interna debe ser eliminada no por los motivos, fuertes, de la igualdad sino por los, más débiles, de la mejora de su función, está informada de una tendencia a la equiparación que no es sino una tendencia a la eliminación de la desigualdad. Pero éste es un proceso lento, paulatino, dejado al arbitrio del legislador; y forzosamente colectivo o adoptado conscientemente para cambiar las condiciones prestacionales de grupos enteros de ciudadanos. En consecuencia, el Tribunal Constitucional ni debe adoptar decisiones respecto de reclamaciones individuales que tengan ese efecto colectivo (suplantaría así al arbitrio o decisión del legislador), ni debe modificar las reglas que atribuyen derechos a las

13. Y, con ellas, a las relacionadas con las mismas: 184/93, 231/93, 268/93 y 377/93.

prestaciones sin tener en cuenta las consecuencias económicas, multiplicadas, de esa modificación (porque esto es función del legislador). Sólo le queda anular la diferencia de tratamiento cuando esté desprovista de toda justificación objetiva y razonable, entendiendo que casi cualquiera lo es (ya se ha dicho antes: complejidad, repercusión económica, decisión configuradora del legislador, avance paulatino hacia la igualdad, inadecuación del instrumento para lograrla, etc.) y, desde luego, dando por sentado que la de las "disponibilidades económicas" lo es sin duda ya que así se argumenta de forma reiterativa. La impresión, seguramente correcta, que causa la Sentencia es la de que en el sistema de Seguridad Social no juega el principio de igualdad, que exclusivamente de forma muy excepcional se entenderá lesionado el art. 14 de la Constitución en este contexto y sólo si están en juego, como elementos base de la distinción, las causas de la discriminación establecidas en el mismo art. 14.

4. Para acabar con esta parte del trabajo referida a la diferencia de trato en materia de invalidez de los trabajadores autónomos en relación con los trabajadores asalariados, comentaré dos Sentencias, referida una a la incapacidad permanente parcial (Sentencia 232/1991, de 10 de diciembre), y otra a la denominada incapacidad permanente total cualificada (Sentencia 291/1994, de 27 de octubre). En ambas Sentencias parece descenderse a un plano de demostración al caso de la razonabilidad de la distinción más detallado que en las resoluciones anteriores, donde el discurso de la desigualdad justificada del Tribunal Constitucional se producía en un nivel general o de abstracción al margen del supuesto concreto y de sus características particulares. De forma que la desigualdad, lo hemos visto, quedaba justificada por razones igualmente generales: condicionamientos económicos o financieros, pretextos normativos, fundamentos históricos o evolutivos, etc.

En la primera de las Sentencias, la 232/91, se trata de un trabajador por cuenta propia del REA quien, mientras realizaba su trabajo, sufrió un accidente que le ocasionó la pérdida del ojo izquierdo. Tras solicitar del INSS la declaración de invalidez permanente parcial, y ante el rechazo de la entidad gestora, acude a la Magistratura de Trabajo quien admite la demanda. Finalmente, el Tribunal Central de Trabajo estima el recurso interpuesto por el INSS revocando la Sentencia de instancia. Y contra esta Sentencia es contra la que el trabajador recurre en amparo, invocando el art. 14 de la Constitución, sin que esta demanda prospere ya que el Tribunal Constitucional deniega el amparo solicitado. Los argumentos utilizados por el recurrente pueden ser fácilmente imaginados: trabajo directo del autónomo similar al del asalariado lo que se refleja en la identidad de los requisitos profesionales exigidos para acceder al REA (titular de pequeña explotación agraria, limitaciones a la contratación de trabajadores asalariados, analogía de las labores materialmente desempeñadas con las del asalariado); identidad de la lesión y secuelas

invalidantes del mismo tipo (“la limitación que supone perder la vista de un ojo produce idéntica merma en un labrador por cuenta propia que si lo es por cuenta ajena”); necesaria identidad, en consecuencia, de la protección dispensada y derecho, pues, a la correspondiente indemnización a tanto alzado.

Antes de entrar en el fondo, el Tribunal Constitucional sitúa la cuestión, lo que es correcto, no tanto en una lesión del derecho a la igualdad “ante la Ley” sino del “derecho a la igual aplicación de la Ley”, en la medida en que la diferenciación no procede el texto legal sino de la interpretación y aplicación que del mismo hacen los tribunales. Efectivamente, las normas reguladoras del REA establecían, ya en la fecha, una protección idéntica en materia de invalidez tanto para los trabajadores asalariados como autónomos de dicho Régimen Especial; pero, entiende el Tribunal, esa identidad normativa no impide que la consideración de las situaciones individualizadas de los demandantes de prestaciones lleve a aceptar en unos casos, y a rechazar en otros, la calificación de invalidez permanente pese a tratarse de la misma o similar lesión.

Más concretamente, los argumentos del Tribunal Constitucional son los siguientes: a) “el derecho a la igual aplicación de la Ley sólo juega de forma muy limitada en materia de calificación de la invalidez”; esto por lo que hace, en general, a toda invalidez con independencia del grado; b) lo anterior significa que “la calificación de la invalidez no depende sólo de la entidad objetiva de las lesiones permanentes y presumiblemente irreversibles que aquejan a un determinado sujeto, sino también, y sobre todo, de la capacidad para trabajar que conserva una vez fijadas las mismas; (...) las secuelas invalidantes que una persona padezca sólo son relevantes en cuanto que las mismas inciden negativamente sobre su capacidad de trabajar”; c) este elemento de la incidencia en la capacidad de trabajo puede aceptar que la calificación de invalidez absoluta sea comparable de uno a otro sujeto ya que aquí “lo decisivo es la imposibilidad de prestar cualquier actividad, sea cual sea la actividad inicial del sujeto cuya capacidad se enjuició”; d) pero no puede serlo de la misma manera en el caso de la invalidez parcial y de la total puesto que, en estos casos, “la calificación de la invalidez requiere una actuación absolutamente individualizada para cada sujeto”, o, dicho de forma más matizada, la comparación “sólo puede establecerse de forma limitada”.

El Tribunal Constitucional concluye, por tanto, que para determinar si un trabajador está o no aquejado de una invalidez permanente total o parcial hay que hacer una serie de operaciones referidas al sujeto en cuestión, teniendo en cuenta sus características personales. Más específicamente: fijar la que se considera como profesión habitual de dicho trabajador y establecer en qué forma y medida la afectan (en cuanto a las posibilidades de desempeñarla, entendidas como rendimiento normal y realización de las tareas fundamentales de la citada profesión) las lesiones y secuelas concretas padecidas por el sujeto. En este proceso, “la califica-

ción de las incapacidades permanentes para la profesión habitual requiere necesariamente un juicio individualizado para cada trabajador”; juicio en el que su condición de trabajador por cuenta propia o ajena, aun del mismo Régimen Especial, quizás no pueda dejar de ser relevante. Pero no tanto por serlo en sí misma, sino porque ello significa que su profesión habitual es algo diversa y, sobre todo, que sus posibilidades de seguir desempeñándola también pueden ser distintas.

Afirma así el Tribunal Constitucional, repitiendo lo ya dicho por otra Sentencia¹⁴, que la comparación entre dos situaciones de invalidez para deducir de ella exigencias de trato igual se obstaculiza “por la dificultad de considerar en materia de invalidez dos supuestos como sustancialmente iguales o equiparables al tener que realizar el análisis jurídico teniendo en cuenta no sólo las lesiones, sino también las circunstancias profesionales y personales del trabajador afectado”. Para ello debe demostrarse tanto la identidad de las lesiones como la identidad de las circunstancias personales y profesionales; lo que no parece claro en el caso de los trabajadores autónomos respecto de los asalariados o por cuenta ajena del REA. Y en la medida en que así lo entendieron fundadamente los órganos judiciales, el Tribunal Constitucional considera que no se ha producido lesión del derecho a la igualdad de trato consagrado en el art. 14 de la Constitución.

Esta Sentencia no está exenta de crítica. No tanto por la fundamentación que hace, que puede compartirse, de la dificultad de recurrir, en materia de invalidez permanente total o parcial, a una identidad plena de trato a partir de una identidad también de la lesión sufrida; entendida la igualdad de trato como igual calificación obligada de la invalidez, genéricamente establecida como identidad de protección de distintas categorías de trabajadores de un mismo Régimen de la Seguridad Social (en el caso, el REA) a partir de lesiones o secuelas semejantes o incluso idénticas. No es ésta la falla de la Sentencia, sino más bien que no es plenamente consecuen- te con sus propias formulaciones.

En efecto, exigiendo la Sentencia la individualización de la calificación de invalidez¹⁵, sin embargo, no considera lesionado el art. 24 de la Constitución por la Sentencia del Tribunal Central de Trabajo que no aporta un razonamiento suficientemente singular para establecer que, en el caso concreto, la pérdida de un ojo no determina una incapacidad permanente parcial para un trabajador autónomo del campo, mientras que sí lo supondría siempre para un trabajador asalariado del mismo Régimen Especial. Dicho sintéticamente, el Tribunal Constitucional, siguiendo la pauta del Tribunal Central y luego del Tribunal Supremo, afirma que hay que individualizar la calificación de la invalidez (lo que le permite rechazar, por imposi-

14. Sentencia 74/1990, de 2 de abril

15. En este sentido y utilizando estos términos, aunque dejando un cierto parte a una relativa objetivización, M. ALONSO OLEA. “Comentario a la Sentencia 232/91”. *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*. Tomo IX (1991). Civitas, Madrid, 1992, págs. 629-633.

ble comparación, la demanda de igualdad entre autónomos y asalariados); pero en el proceso de individualización acepta, contradictoriamente, que un dato objetivo o estándar usado genéricamente (precisamente, el ser trabajador por cuenta ajena o por cuenta propia del mismo Régimen Especial) sea el elemento decisivo para justificar la diferencia de tratamiento. Un caso claro de un argumento al que se recurre para justificar al mismo tiempo objetivos radicalmente contrarios: impedir la comparación (que demanda la igualdad) y justificar la desigualdad (que se basa en la comparación de diferencias).

Y esto porque, en puridad y aceptada la individualización de la invalidez en todos sus términos y con todas sus consecuencias, la diferenciación genérica entre trabajador autónomo y por cuenta ajena del REA debería ser irrelevante o no ser tomada en cuenta en absoluto. No ha sido así y de aquí el uso contradictorio del argumento que se denuncia. Lo clave de la Sentencia es considerar que siempre (no hay, pues, individualización) un trabajador autónomo (se utiliza una diferencia estándar a la que no debería recurrirse en términos de individualización) tiene más posibilidades o capacidades residuales en virtud el tipo de trabajo que desarrolla (nueva generalización) que el trabajador asalariado (generalizando también la actividad de este último). La requerida individualización brilla por su ausencia en el núcleo del argumento que acaba operando con una generalización tan clásica como la que se combate: que el trabajador asalariado que sufre una lesión queda más limitado físicamente que el trabajador autónomo, tanto porque se considere así en términos generales, como porque se sospeche que la capacidad residual de éste puede ser mayor o sus oportunidades empleo, con carácter general, más amplias: es el ser autónomo o asalariado lo que acaba distinguiendo y no la incidencia personalizada de las lesiones en el proceso de cualificación de la invalidez.

La otra Sentencia es la 291/94. De nuevo se trata de un trabajador agrícola por cuenta propia declarado en situación de invalidez permanente total con derecho a pensión el cual, al cumplir la edad de 55 años, solicita del INSS el incremento del 20 por 100 previsto en la Ley General de Seguridad Social para los trabajadores asalariados, pero no para los trabajadores autónomos. Denegada la petición por el INSS, rechazada la demanda por el Juzgado de lo Social e inadmitido el recurso de suplicación por el Tribunal Superior correspondiente, el trabajador recurre en amparo, alegando entre otras razones, la lesión del art. 14 de la Constitución al privársele de un complemento de pensión que sí se reconoce a los trabajadores asalariados.

El *iter* argumental de la Sentencia es el ya clásico y que hemos visto en las páginas precedentes¹⁶: a) rechazo de la comparación entre regímenes, por no ser

16. Tan clásico que se limita a ir yuxtaponiendo retales o trozos de otras Sentencias.

“términos homogéneos de comparación a efectos de lo dispuesto en el art. 14”; b) justificación de las diferencias entre regímenes por las “peculiaridades socio-económicas o productivas”, por el “distinto ámbito objetivo y subjetivo” de cada uno de ellos, o por “la pertenencia a órdenes normativos distintos”; c) cautela frente a un excesivo arbitrio del legislador que obliga a analizar si “existen razones sustantivas que justifiquen la diferencia”, yendo más allá del “dato estrictamente formal”; y d) en este intento es fundamental la tarea del demandante de amparo, el cual debe acreditar “la falta de razonabilidad del trato desigual que se denuncia”.

Es aplicando esta que podríamos llamar la “metodología de la diferencia” donde la Sentencia desciende a un plano más concreto argumentando tal desigualdad de trato entre el REA y el Régimen General de la Seguridad Social, o mejor, entre el trabajo autónomo y el asalariado. Y la razón es sólo una: que las expectativas de trabajo del trabajador autónomo incapacitado total son mayores que las del asalariado con la misma incapacidad ya que cabe “la continuidad laboral (de aquél) después del reconocimiento de la incapacidad, por la propia naturaleza del trabajo autónomo”. Ninguna concesión a la individualización de la situación, ningún contraste real de estas afirmaciones con datos estadísticos de ocupación de trabajadores autónomos mayores de 55 años, ninguna reflexión acerca del incremento importante de los fenómenos de “autonomización” de los trabajadores, ningún pensamiento sobre cuáles son realmente esas expectativas de continuidad laboral para los trabajadores autónomos. Como se ha señalado, “la verdad es que la lógica del razonamiento constitucional se resiente en un punto: que, en realidad no se está indagando la razonabilidad de una argumentación de juez ordinario, en asunto de esta clase; sino el hecho de una divergencia, en sí misma ostensible, entre uno y otro tipo de asegurados”¹⁷.

III. DIFERENCIA DE TRATO Y SUCESIÓN NORMATIVA

Pese a su trascendencia en un ordenamiento tan cambiante como el de la Seguridad Social, pocas son las Sentencias del Tribunal Constitucional del período elegido que se han pronunciado acerca de este tema. Sobre todo si se dejan al margen, como es obligado porque se trata de temas diferentes, las resoluciones que se refieren a la eliminación, tras la aprobación de la Constitución, de las situaciones discriminatorias por razón del sexo en materia de Seguridad Social,

17. B. RÍOS SALMERÓN. “Comentario a la Sentencia 291/1994, de 27 de octubre”. *Jurisprudencia Constitucional sobre Trabajo y Seguridad Social*. Tomo XII (1994). Civitas. Madrid, 1995. págs. 459-464.

aunque éstas hubieran tenido su origen en un momento anterior al de dicha aprobación.

Se trata del caso típico de la pensión de viudedad solicitada por el varón supérstite y denegada por la sola causa del sexo del solicitante cuando tal solicitud, y el hecho causante que la motiva, se produjo antes de la entrada en vigor del texto constitucional; o, mejor, cuando producida la muerte antes de la Constitución, la solicitud de prestación se hace tras ella. Un supuesto estándar es la Sentencia 58/1991, de 14 de marzo¹⁸. En todos estos casos, el Tribunal Constitucional reconoce el derecho a la pensión sobre la base de que el derecho a la misma es imprescriptible y, en consecuencia, es ejercitable en cualquier momento; incluido el que se sitúa ya tras el texto constitucional cuando la denegación de la pensión no es legítima por prohibirlo el art. 14 y la propia interpretación del Tribunal. Ningún efecto retroactivo tiene, pues, el reconocimiento del derecho a la pensión porque se refiere al momento de la solicitud, diferenciado por la imprescriptibilidad del momento del hecho causante; simplemente, se aplica la norma en vigor cuando el reconocimiento se pide. Pero también repercute el art. 14 si el hecho causante tuvo lugar antes de la Constitución y fue seguido, en la misma época, de la solicitud que fue denegada; también aquí, la reproducción de la solicitud y su estimación tras la Constitución no significa dotarla de efecto retroactivo alguno sino sólo suprimir para el futuro los efectos de una discriminación en acto prohibida por la Constitución. Así se pronuncia la Sentencia 58/91 al establecer que reconocer en estas hipótesis el derecho a la pensión de viudedad “no es conceder efecto retroactivo al artículo 14 de la Constitución sino aplicar sus postulados desde su entrada en vigor, desterrando las situaciones discriminatorias que tras esa fecha aún se mantuvieran”. No hay, pues, retroactividad por más que, como sostenía en este caso el Tribunal Central de Trabajo, “no debiera aplicarse la interdicción de discriminación a situaciones nacidas antes de la entrada en vigor de la Constitución” y por más que pudiera parecer a primera vista que se están proyectando derechos hacia el pasado saltando por encima del cambio normativo que la propia Constitución supone¹⁹.

Limitando, pues, el análisis al primer tipo de Sentencias puede destacarse la Sentencia 88/1991, de 25 de abril. La solicitante de amparo reclamó, en 1983, una pensión de viudedad que le fue denegada por haber dejado transcurrir más de los tres años previstos en la norma entonces vigente (en la fecha de la muerte del cónyuge, 1968, la Ley de Seguridad Social de 1966) como plazo de prescripción

18. Y todas las que esta misma Sentencia cita.

19. Sobre el mismo tema, de forma muy matizada, y más concretamente acerca de los efectos económicos del reconocimiento de una pensión a consecuencia de la aplicación de la prohibición de discriminación, la Sentencia de 5/1992, de 16 de enero.

para el reconocimiento del derecho. Dicha pretensión alegaba en su favor el cambio normativo operado en 1972 (Ley 24/1972, de 21 de junio) en virtud del cual el reconocimiento de ciertas prestaciones, la de viudedad entre ellas, se hizo imprescriptible. Como puede verse, lo que se pretendía era la aplicación de un plazo de prescripción distinto y más favorable (tanto que, simplemente, no existía) a una prestación que, en el momento de producirse el hecho causante, sí estaba sujeta a un plazo preciso y limitado de tres años; o, dicho de otra forma, la aplicación de la norma posterior más favorable alegando que, en el momento de la solicitud, ya estaba en vigor tal norma y que, de no hacerlo, se estaría lesionando el principio de trato igual respecto de otro solicitante de la misma fecha y de la misma prestación, pero cuyo hecho causante había tenido lugar con posterioridad.

A partir de esta pretensión, el Tribunal Constitucional afronta lo que constituye el tema central, es decir, el de la diferencia de trato a situaciones idénticas a lo largo del tiempo como consecuencia del cambio normativo. En el caso a mejor, pero también podría suscitarse, por hipótesis, a consecuencia de un cambio a peor. Sólo que aquí más bien se plantearía el tema bajo la cobertura del derecho adquirido y no tanto de la reivindicación de un trato mejor anterior ya derogado. Aunque también sería pensable la alegación del principio de igualdad de quien se ve sometido a un trato posterior menos favorable²⁰. En cualquier caso, la Sentencia 88/91 afronta lo que califica como la cuestión de si el art. 14 de la Constitución “impide que a través de cambios normativos se ofrezca un tratamiento desigual a lo largo del tiempo”, concluyendo que “el principio de igualdad ante la Ley no exige que todas las situaciones con independencia del tiempo en que se originaron o en que se produjeron sus efectos, deban recibir un tratamiento igual por parte de la Ley”.

No es particularmente explicativa la Sentencia de las razones que la llevan a este rechazo; seguramente porque considera los argumentos que da suficientemente sólidos y porque ya existe una línea interpretativa del propio Tribunal²¹, a la que la Sentencia se remite, que ha venido sosteniendo de forma reiterada el rechazo. Muy sintéticamente dicho, lo que el Tribunal alega es lo siguiente: a) que el ordenamiento jurídico ha de evolucionar necesariamente dando origen, como no puede ser de otra forma, a regulaciones diferenciadas que tienen su causa solamente en dicho cambio normativo y que repercuten en las situaciones individualizadas en la medida en que éstas tienen, a su vez, lugar en diferentes momentos

20. Respecto de este enfoque, véanse las sintéticas observaciones de GARCÍA-PERROTE, *op.cit.*, págs. 184-186.

21. Cfr. las Sentencias 70/1983, 103/1984, 121/1984, 119/1987, 128/1989; con posterioridad a la Sentencia que se comenta en el texto, otras han vuelto sobre la misma cuestión con argumentos semejantes: 187/1994 y 38/1995.

temporales sometidos a vigencias de normas distintas; sin que ello pueda considerarse discriminatorio ni puedan valorarse como lesión del principio de igualdad; b) el hecho en sí del cambio normativo no sólo es, en muchos casos, conveniente como expresión de la capacidad de adaptación del ordenamiento jurídico, también expresa el ejercicio por parte del legislador de sus legítimas competencias; las cuales se verían seriamente condicionadas si toda decisión innovadora quedara limitada en sus efectos, o ampliadas en ellos, más allá del círculo temporal sobre el que los cambios se proyectan naturalmente y que no es otra que el del futuro; c) por esta misma razón, las alteraciones normativas, cuando han sido de signo favorables a los beneficiarios, suelen ir acompañadas de la fijación de “determinadas fechas como límite temporal que posibilite o no ese tipo de nuevas y más favorables percepciones”.

Como se ve, toda la argumentación gira en torno al tiempo como elemento de diferenciación. Es el caso de quien solicita el tratamiento igual, al comparar hechos producidos en momentos distintos; lo que, en la práctica, no es sino la ignorancia misma del tiempo como secuencia de fenómenos acompañados de circunstancias (consideración social, valoración desde el punto de vista de la protección, tratamiento normativo, etc.) que modalizan y sitúan dicho fenómeno en un contexto determinado que lo hace ya transcurrido. Pretender la identificación con otros hechos, ocurridos en otros contextos, no es sino, como se ha dicho, ignorar la dimensión temporal y pedir que lo que fue ayer se trate como si sucediera hoy. No es que esto sea un imposible metafísico (que a lo mejor), pero lo que es desde luego es una dislocación, un extrañamiento y una desnaturalización del fenómeno mismo, el cual será observado de forma no lógica en la misma medida en que lo es de forma ahistórica. Por el contrario, la posición del Tribunal deja incólume esa ubicación, contextualiza mejor el hecho que recibe así el tratamiento, podría decirse que el único posible, que le corresponde: aquél que estaba en vigor cuando el hecho se produjo, sin que ni entonces ni ahora ese tratamiento diferente fuera lesivo de ningún derecho fundamental. Ni entonces porque en sustancia no lo era (ni siquiera, lo que es ya una licencia, contemplado desde la perspectiva constitucional actual), ni tampoco ahora porque lo que lo haría inconstitucional no es que el tratamiento se mantuviera hoy (lo que no sucede salvo por los efectos mantenidos de lo producido ya en su momento; pero todo pasado es presente, si así se mira, hasta tanto esos efectos no se hayan agotado de forma absoluta), sino el que se haya modificado más tarde en un sentido mejorador de lo previamente existente. Sólo esa mejora pretendería rescatar del pasado un hecho, y su tratamiento normativo, que habría permanecido en ese mismo pasado (como nunca ha dejado de estarlo, por cierto) por el dato de un cambio legal a mejor comparado con el anterior, pero irrelevante constitucionalmente si establecida la comparación con otros hechos coetáneos.

Por estas razones es por lo que el Tribunal concluye, de forma tajante, que “el hecho de que en el sistema de Seguridad Social se introduzcan mejoras en favor de los beneficiarios (...) no significa que se lesione aquel precepto constitucional (el art. 14) en relación con quienes no pudieron beneficiarse de la mejora en cuestión ni que, para no vulnerar el art. 14 de la Constitución, el legislador, y si éste no lo ha hecho así el intérprete, deban consagrar ineludiblemente la retroactividad de la mejora”.

IV. LA TRIBUTACIÓN DE LA INVALIDEZ PERMANENTE ABSOLUTA

Se trata de la Sentencia 134/1996, de 22 de julio²², dictada a consecuencia de un recurso de inconstitucionalidad promovido por diputados del grupo parlamentario popular, en relación con el art. 62 de la Ley 21/1993, de Presupuestos Generales del Estado para 1994. En ella se aborda, desde la perspectiva del principio de igualdad, la cuestión de la tributación de los pensionistas por invalidez. Más específicamente, lo que se plantea ante el Tribunal es el hipotético trato discriminatorio, en materia impositiva, que pueden recibir determinados pensionistas de invalidez (concretamente los funcionarios públicos que, adscritos al Régimen Especial correspondiente, reciben pensiones por incapacidad permanente), respecto de los pensionistas de invalidez permanente absoluta del Régimen General y de los demás Regímenes Especiales de la Seguridad Social.

Dicho de forma genérica aunque poco precisa (y casi podría decirse, interesada; es el mismo enfoque que late en el texto de la Sentencia, proclive a aceptar el recurso) el art. 62 de la Ley 21/1993 modifica el art. 9.1 de la Ley 18/1991, de 6 de junio, reguladora del IRPF, en el sentido de declarar exentas de tributación las prestaciones por incapacidad permanente absoluta si han sido reconocidas a sujetos beneficiarios de la Seguridad Social y no si tal incapacidad se padece por funcionarios públicos integrados en el régimen de Clases Pasivas. La modificación legal, no obstante, es más matizada. Hace que dejen de estar exentas todas las pensiones por incapacidad permanente, al contrario de lo que sucedía antes de la reforma cuando todas las pensiones por incapacidad, al margen de su grado (totales o absolutas) y ya fueran las reconocidas por la Seguridad Social o por el Régimen de Clases Pasivas, se consideraban exentas. Pero conserva una excepción, consistente en que, en el Sistema de Seguridad Social, las pensiones de incapacidad permanente absoluta y gran invalidez siguen exentas; lo que sólo sucede, para los funcionarios públicos que reciben la pensión del Régimen de Clases Pasivas, en

22. El criterio de la Sentencia ha sido seguido por la 72/1997

el supuesto de la gran invalidez. Y esta diferencia (exención impositiva sólo a los absolutos del sistema de Seguridad Social) es la que se considera inconstitucional al vulnerar el principio de igualdad tributaria, recogido en el art. 33.1 de la Constitución y tutelado también por el más general establecido en el art. 14 del texto fundamental.

La Sentencia parte, no podía ser de otra forma, del hecho de que el legislador tiene libertad para llevar a cabo modificaciones legales, de forma que no puede alegarse el principio de seguridad jurídica para exigir la preservación indefinida de “un determinado régimen jurídico existente en un momento histórico dado en relación con concretos derechos o situaciones”. Respecto de la tributación de las pensiones, esto significa que el legislador es libre para configurar (y variar) el régimen fiscal de estos ingresos optando ya sea por imponerles cargas impositivas sin distinción, ya sea por considerarlos, todos o sólo algunos, excluidos del hecho imponible del impuesto o, en fin, considerarlos rentas exentas. Aunque también esta cuestión fue sometida al recurso de inconstitucionalidad por transformar rentas exentas en otras sujetas a tributación (las de los pensionistas por invalidez permanente total, en un caso; las de todos los pensionistas de invalidez salvo los afectados por gran invalidez, en el otro), no ofrece dudas al Tribunal la legitimidad de este espacio normativo y de las subsiguientes opciones del legislador ordinario. Siempre que, obvio es decirlo, esas opciones no lesionen los principios y derechos constitucionalmente reconocidos, entre ellos el de igualdad en sus versiones de igualdad general (art.14) o tributaria (art. 31.1). Lo que es, justamente, el otro fundamento del recurso: el que se basa en el diverso tratamiento, sin justificación, razonabilidad ni proporcionalidad, de los pensionistas de invalidez a tenor, no de la lesión o merma de la capacidad sufrida, sino del hecho, organizativo y formal (mucho más cuando hay funcionarios públicos incluidos en el Régimen General de la Seguridad Social), consistente en recibir la protección sea del sistema de Seguridad Social, sea del más fronterizo y alejado del primero, sistema de Clases Pasivas.

Al margen de que se discrepe o no de la solución finalmente dada por el Tribunal, sorprende la proclividad del mismo (sin que éste sea lugar para indagar el por qué sucede así) a aceptar la existencia de una diferencia de trato injustificada; sobre todo si se tienen presentes otras resoluciones como las que se han venido analizando en este trabajo. Proclividad que fácilmente se constata en los posicionamientos del Tribunal, y en la calidad de las argumentaciones, en cada una de las fases del discurso. Veámoslas.

En primer lugar, la identificación de las situaciones que configuran la base de la exigencia de la igualdad de trato. Para el Tribunal, se trata de rentas de idéntica naturaleza, esto es, “cantidades que percibe el trabajador cuando se encuentra afectado por una lesión física o psíquica que le impide desempeñar, no sólo las funciones que son propias de su oficio concreto, sino también las de cualquier

profesión o empleo". Esto desde el punto de vista de la protección social. Desde la perspectiva fiscal, todas las cantidades que reciben estas personas son consideradas, igualmente sin distinción, rendimientos del trabajo; esto es, "se integran dentro del grupo de las contraprestaciones o utilidades que derivan, directa o indirectamente, del trabajo personal del sujeto pasivo", habiendo perdido todas ellas el carácter indemnizatorio o de compensación por la pérdida o deterioro de bienes o derechos. Esta afirmación de identidad ha de ser, no obstante, matizada. No por lo que se refiere a su dimensión tributaria que es indiscutible (y que, quizás, serviría para preguntarse el por qué ahora de la diferenciación impositiva entre ciertas pensiones de invalidez y otras pensiones ya sea de invalidez menor en grado ya sea de jubilación o de vejez, por poner otros ejemplos), sino a la más específica dimensión de protección social.

Así, la afirmación de que las cantidades que el trabajador recibe por invalidez se deben a la imposibilidad de desempeñar cualquier profesión u oficio, es válida para las pensiones por invalidez permanente absoluta; pero no para las de invalidez permanente total, las cuales son compatibles con el cumplimiento del trabajo que es posible en razón de que no toda la capacidad laboral del sujeto ha quedado afectada sino sólo la que se refiere a su profesión habitual o a su oficio. Si el diferente trato fiscal se refiriera a dos situaciones idénticas de invalidez permanente absoluta (se llamen como se llamen: invalidez o inutilidad para el servicio), expresivas ambas igualmente y sólo de una incapacidad para desarrollar cualquier tipo de trabajo, la aceptación del recurso, afirmando la lesión del principio de igualdad, general o tributaria, sería indiscutible.

La discrepancia, sin embargo, se encuentra en el hecho, al que paradójicamente el Tribunal parece dar poca consistencia, de que en una de las situaciones a comparar (la de la invalidez absoluta del sistema de Seguridad Social), es cierto que el sujeto que percibe la prestación está incapacitado para el desempeño de cualquier otra profesión; pero en la otra, la incapacidad o inutilidad para el servicio, quienes perciben la pensión constituyen un grupo más amplio en el que se integran, sin diferenciación interna, tanto quienes están aquejados de ese máximo de incapacidad como quienes sólo han visto afectada la que se refiere al desempeño de su tarea habitual. Esto es así porque la situación de invalidez en el sistema de Seguridad Social admite más grados internos (en concreto, la diferencia entre invalidez total y absoluta) que la prevista en el régimen de Clases Pasivas (que incluye en un mismo apartado, el de inutilidad para el servicio, todas las incapacidades). La certidumbre de esto la tiene el propio Tribunal ya que expresamente admite que "podría decirse sin violencia que en el régimen de clases pasivas sólo existe la incapacidad total y no la absoluta ni la gran invalidez".

Siendo esto así, es claro que la ruptura de la igualdad se produce entre los inválidos absolutos del sistema de Seguridad Social (exentos de tributación) y los

inútiles para el servicio del régimen de Clases Pasivas (no exentos), aunque sólo y cuando estos inútiles estuvieran aquejados de una invalidez semejante a la absoluta. Pero no cuando los que se comparan con los primeros son los inútiles para el servicio en un nivel semejante a los inválidos totales. El problema es, ciertamente, que la no diferenciación interna dentro de la categoría de inútiles para el servicio dentro del régimen de Clases Pasivas conduce a dos soluciones en ambos casos insatisfactorias: a) o se extiende la exención a todos los inútiles del régimen de Clases Pasivas, beneficiando así a los equivalentes a los inválidos totales, que es la opción del Tribunal; b) o se legitima la diferencia de trato entre Seguridad Social y Clases Pasivas, al precio de aceptar una diferencia sin justificación entre inválidos absolutos e inútiles con incapacidad semejantes a éstos.

Es claro que el Tribunal ha optado por la solución que no significa discriminación alguna, por ser más amplia e ir más allá materialmente de lo solicitado, para quienes sostienen el recurso. Pero es igualmente evidente que la mencionada solución provoca una nueva desigualdad que es posible que merezca una alegación (distinto es el tema del cauce procesal oportuno) antidiscriminatoria: la de los inválidos totales del sistema de Seguridad Social que se ven excluidos de la exención impositiva mientras que los funcionarios públicos inútiles para el servicio con ese mismo nivel de incapacidad sí podrán disfrutarla a partir de la presente Sentencia del Tribunal Constitucional. Porque es evidente que no todos los inútiles para el servicio sufrirán lesiones que les impidan absolutamente todo tipo de trabajo. Con lo que la aceptación del recurso puede acabar ampliando las previsiones de exención de las pensiones de invalidez, manteniéndolas para las invalideces de menor entidad pese a la voluntad inequívoca de suprimirlas por parte del legislador. Un ejemplo de que esa libertad de configuración no sólo ha de respetar las exigencias constitucionales sino también ciertas exigencias técnicas que deberían haber llevado a una regulación semejante de las situaciones de incapacidad, invalidez o inutilidad de partida, como presupuesto para un tratamiento, también igualitario, de esas mismas situaciones, en plano tributario o impositivo.

El otro elemento a destacar en el discurso del Tribunal es la escasa relevancia que en el mismo tiene la diferencia organizativa o por Regímenes de protección; un dato que, como se ha visto antes, destaca por su presencia, explícita o implícita, en el proceso argumentativo del Tribunal Constitucional cuando aborda la diferencia de trato entre Regímenes dentro del sistema de Seguridad Social. No es que se esté sosteniendo aquí la conveniencia de que ese dato juegue un papel decisivo; al contrario, las críticas hechas a las resoluciones antes analizadas ponen, creo, en evidencia lo contrario. Pero llama la atención que lo que es un factor a tener en cuenta en unos casos (precisamente donde la diferencia es menor porque se está hablando de situaciones dentro del mismo sistema de Seguridad Social), se deje caer o no se utilice precisamente en el supuesto en que más debe ser destacado

dada la distancia entre el sistema de Seguridad Social y el Régimen de Clases Pasivas, de lejano parentesco con el primero.

Una distancia tan relevante como para poner de manifiesto las diferencias de organización de la protección en lo que hace a los sistemas de encuadramiento (no hay parangón con las fórmulas de afiliación, altas o bajas), de financiación (la carga es directa para el Estado sin que exista propiamente cotización patronal, la aportación del trabajador es fija por grupos profesionales con independencia de los ingresos del funcionario; algo semejante a las viejas bases tarifadas) y prestaciones (que afectan a todo tipo de prestaciones, desde la incapacidad temporal hasta las pensiones, sus requisitos, formas de cálculo de sus cuantías, etc.). Todo ello configura un bloque suficientemente distintivo como para servir de polo de atracción a las razones habituales del Tribunal para justificar la diferencia: las opciones del legislador, la marcha paulatina hacia la integración, las diferencias y peculiaridades de las actividades productivas que encuadran cada uno de los sistemas, etc.

No ha sido así y seguramente ello se deba a dos causas: una expresable y otra no, por lo que sólo puede ser adivinada. Empezando por esta última: una cierta inclinación a buscar la equiparación y a potenciarla, sobre todo cuando el referente es mejor, de la protección social de los funcionarios públicos en relación con los demás trabajadores adscritos al sistema de Seguridad Social. Se trata de una actitud psicológica que, semejante a la que hace posicionarse frente a autónomos o empleados de hogar, se traduce en actitud de reticencia, cerrazón, cuando no de abierta sospecha o rechazo por la presunción de fraude que todas las maniobras equiparadoras parecen querer esconder. La otra razón es más sólida: se refiere al hecho de que lo que se está tratando no es una cuestión de protección social (si lo fuera sería justificable traer a colación las diferencias entre regímenes o sistemas de protección) sino tributaria, en la que lo relevante es la capacidad económica del sujeto, la naturaleza de los ingresos sometidos a imposición y el tratamiento fiscal que éstos reciben. Y siendo ingresos de la misma naturaleza y provocados por la misma causa o con el mismo origen, la exención, de acordarse, debe ampliarse a todos antes que excluir a algunos.

CONCLUSIONES

Sólo unas ideas finales para confirmar la impresión que, supongo, la lectura de este artículo y de las Sentencias que han constituido la base de su elaboración habrán ido suscitando: que para el Tribunal Constitucional, en materia de Seguridad Social, las desigualdades de tratamiento en lo referente a organización, financiación, requisitos para el surgimiento del derecho, tipo y calidad de las prestaciones, etc, entre los compartimentos internos del sistema de Seguridad Social (ya se

trate de Regímenes Especiales en sentido estricto, de sistemas más o menos integrados, o de niveles de protección) son diferencias que suelen encontrar justificación en un amplio abanico de razones. En unos casos serán las condiciones productivas que están en la base de los Regímenes Especiales; en otros la gran diferencia inicial o de partida que sólo de forma paulatina podrá ir disolviéndose; en otros, en fin, las diversas funciones que, para cada colectivo, pueden cumplir prestaciones aparentemente iguales. Y, por encima de todo, dos argumentos, las disponibilidades económicas y la libertad de configuración por parte del legislador, que acaban resumiéndose en uno: el que el sistema de protección social es un sistema de configuración predominantemente legal y que, en consecuencia, corresponde a las opciones de política legislativa el ordenar ese sistema y el establecer sus rasgos en cada momento histórico.

Esta afirmación, constantemente sostenida, tiene una trascendencia que hay que subrayar. Y no es sólo, en lo que aquí interesa, que las diferencias existentes, el ritmo de su desaparición, o incluso las nuevas que puedan introducirse, quedan, por lo general, legitimadas salvo muy contadas excepciones. Es que la propia configuración del derecho a la Seguridad Social (se entienda éste como derecho social, institución tutelada constitucionalmente con rasgos precisos, como, más evanescentemente, como garantía institucional) queda debilitada en la medida en que el juicio (o arbitrio, como dice el propio Tribunal) del legislador acaba siendo el metro más determinante para fijar su alcance y su contenido. Esto es así en la medida en que el referente constitucional no sirve (ni siquiera apoyado en el derecho fundamental a la igualdad de trato) para fijar sus caracteres de forma más estable y sustraerlos, precisamente, a ese arbitrio del legislador.

SENTENCIAS CITADAS

1991

58/91, 2-4. Derecho a la pensión de viudedad de los viudos del sistema SOVI. La aprobación de la Constitución deroga la norma discriminatoria y el reconocimiento de la pensión no significa atribuir efecto retroactivo a la aprobación de la norma fundamental.

88/91, 25-4. Reclamación de la pensión de viudedad habiendo transcurrido los tres años de prescripción para el reconocimiento del derecho establecidos en las normas vigentes en el momento de producirse el hecho causante. Alegación de desigualdad de trato con la situación actual tras la desaparición del mencionado plazo.

232/91, 10-12. Denegación de la prestación de incapacidad permanente parcial a trabajador por cuenta propia del Régimen Especial Agrario. Valoración del grado de invalidez por comparación con la misma dolencia afectante a trabajadores por cuenta ajena.

1992

- 5/92, 16-1. Pensión de viudedad de viudo funcionario respecto de la Ley de Derechos Pasivos. Su modificación en 1984 para eliminar la discriminación por sexo permite reconocer el derecho a todos los viudos con independencia del momento del hecho causante (dada su imprescriptibilidad). No así los efectos económicos que se diferencian según que la reclamación hubiese sido hecha antes o después de la reforma legal.
- 39/92, 30-3. Cotización por pluriactividad como trabajador autónomo y por cuenta ajena. Diferencia de trato respecto del pluriempleo dentro del Régimen General.

1993

- 184/93, 31-5. Denegación de invalidez permanente total a autónomo por carencia del requisito de edad mínima de 45 años. Igualdad de trato con trabajadores del Régimen General.
- 231/93, 12-7. Denegación de invalidez permanente total a autónomo por carencia del requisito de edad mínima de 45 años. Igualdad de trato con trabajadores del Régimen General.
- 268/93, 20-9. Denegación de prestación de incapacidad permanente total derivada de accidente de trabajo a trabajadora del Régimen Especial del Servicio Doméstico por no reunir la carencia de sesenta meses. Alegación de trato desigual respecto del Régimen General por no exigir carencia a las contingencias derivadas de riesgos profesionales o accidente no laboral.
- 356/93, 29-11. Denegación de invalidez permanente total a autónomo por carencia del requisito de edad mínima de 45 años. Igualdad de trato con trabajadores del Régimen General.
- 359/93, 29-11. Denegación de invalidez permanente total a autónomo por carencia del requisito de edad mínima de 45 años. Igualdad de trato con trabajadores del Régimen General.
- 377/93, 20-10. Denegación de prestación de incapacidad permanente total derivada de accidente de trabajo a trabajadora del Régimen Especial del Servicio Doméstico por no reunir la carencia de sesenta meses. Alegación de trato desigual respecto del Régimen General por no exigir carencia a las contingencias derivadas de riesgos profesionales o accidente no laboral.

1994

- 291/94, 27-10. Denegación del incremento del 20 por 100 de la pensión por incapacidad permanente total al cumplimiento de los 55 años a trabajador autónomo agrícola por no estar legalmente prevista. Comparación con el Régimen General.

1995

- 38/95, de 13-2. Denegación de la prestación de incapacidad permanente absoluta derivada de accidente no laboral a trabajador autónomo por no reunir el período mínimo de

carencia de sesenta meses. Comparación con el Régimen General donde no se exige carencia.

1996

134/96, 22-7. Recurso de inconstitucionalidad contra la Ley de Presupuestos Generales del estado para 1994 (Ley 21/1993) que modificó la Ley 18/1991, de 6 de junio, reguladora del I.R.P.F. al declarar exentas de tributación las pensiones de invalidez absoluta o gran invalidez otorgadas por el sistema de Seguridad Social y sólo las de gran invalidez del sistema de Clases Pasivas.