

CUIDADO DE HIJOS Y CÁLCULO DE LAS PRESTACIONES POR INCAPACIDAD

Comentario a la [Sentencia del TEDH de 2 de febrero de 2016, asunto *Di Trizio c. Suiza*, demanda núm. 7186/2009](#)

Jaime Cabeza Pereiro

Catedrático. Universidad de Vigo

1. EL MARCO LEGAL DE REFERENCIA: DIMENSIÓN MATERIAL DE LOS DERECHOS Y LIBERTADES «CIVILES» DEL CONVENIO EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS

Ni la cuestión relativa a las «pensiones públicas por incapacidad» –derechos de protección social– ni la propia sobre «crianza de los hijos» hallan reconocimiento legal y garantía en el [CEDH](#), pues se trata de cuestiones propias del «Código Social» del Consejo de Europa, esto es, de la [Carta Social Europea](#). Sin embargo, ni una ni otra son completamente ajenas al conocimiento de la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), a través de la conocida capacidad de la misma de integrar contenidos sociales en derechos «político-civiles» de libertad y de igualdad. Tampoco sus interrelaciones, a menudo conflictivas. Por eso, de vez en cuando, alguna resolución judicial se refiere a este particular asunto, desde prismas diferentes. Es el caso de la [STEDH de 2 de febrero de 2016, asunto *Di Trizio c. Suiza* \(demanda n.º 7186/2009\)](#).

A tal fin, el TEDH recordará, de un lado, que el artículo 8 del [CEDH](#) (protección de la vida privada y familiar) engloba «intereses materiales». Así, la vida privada, de difícil definición exhaustiva, incluye igualmente aspectos de identidad física y social de las personas, con consideración especial a la autonomía personal. Al mismo tiempo, el TEDH es consciente plenamente de un dato de la realidad social, según el cual, buena parte de las veces son las mujeres las que dedican mayor tiempo al trabajo de cuidar. Por lo tanto, desde antaño, le resultará manifiesto que es posible, sino obligado, poner en relación estas cuestiones materiales, sociales o de fondo en conexión con el artículo 14 del [CEDH](#), que prohíbe la discriminación por diversos motivos, incluido principalmente por razón de sexo. Consecuentemente, el método de cálculo de las prestaciones puede plantear desajustes con el artículo 14 del [CEDH](#), como aquí sucederá.

2. SUPUESTO DE HECHO: RELATO DE LAS CIRCUNSTANCIAS DEL CASO

Una mujer deja su trabajo a jornada completa a mediados de 2002 a causa de unos problemas crónicos en su espalda. En octubre 2003 solicitó una pensión de invalidez, unos meses antes de que nacieran sus hijos gemelos. El parto le produjo un incremento de su dolor de espalda. En estas condiciones, las instituciones públicas suizas la sometieron a una evaluación familiar, durante la cual ella manifestó que continuaría trabajando a tiempo parcial tras el nacimiento de sus hijos por motivos económicos. Dicha evaluación concluyó que sufría una disminución de su capacidad para el desempeño de tareas domésticas del 44,6%.

Posteriormente, en mayo de 2006, la entidad gestora determinó que la Sra. Di Trizio había recibido retribuciones por un trabajo a jornada completa hasta diciembre de 2013. Después, entre enero y mayo de 2014 había desarrollado tareas domésticas y, a partir de entonces, había decidido volver a trabajar a jornada parcial para poder dedicarle tiempo al hogar y a sus hijos. En estas condiciones le reconoció un subsidio desde junio 2003 hasta agosto 2004, excluyéndola de él a partir de entonces. Para llegar a esa conclusión la entidad gestora aplicó el llamado «método mixto». A partir de las manifestaciones de la interesada, que se declaraba capaz de trabajar al 50% y que deseaba dedicar el tiempo restante a la crianza de sus hijos, y de que padecía una discapacidad del 44,6% para el desarrollo de las tareas del hogar, entiende que este porcentaje debe calcularse sobre el tiempo disponible para trabajar, de tal forma que el grado de discapacidad teórico se reduce a poco más del 22%, en todo caso inferior al 40% mínimo para otorgarse un subsidio por incapacidad.

La sentencia desestimatoria del Tribunal Federal suizo entiende que el objetivo del seguro de discapacidad consiste en proteger a las personas frente al riesgo de que no puedan desarrollar un trabajo retribuido o no puedan realizar las tareas ordinarias del hogar por razones médicas. No se trata de una compensación por actividades que, en todo caso, no se desarrollarían, aunque el solicitante no sufriera incapacidad alguna. El «método mixto» impide a las personas con recursos o que no hayan trabajado anteriormente beneficiarse de este subsidio, de tal modo que no puede considerarse discriminatorio. En consecuencia, la señora Di Trizio no tendría derecho a la protección del sistema, según el Derecho nacional interpretado por los jueces internos.

3. DOCTRINA JUDICIAL: RAZONAMIENTOS JURÍDICOS PARA EL FALLO

Contra esta decisión se interpondrá recurso –queja– alegando vulneración de derechos del CEDH. El TEDH dictará un fallo estimatorio de la queja que, conviene ya advertirlo, se tomará por una pequeña mayoría de cuatro jueces, frente a un voto particular de tres. La mayoría del TEDH presta específica atención a la célebre *prueba estadística de la discriminación*. Alude a datos del propio Gobierno suizo, conforme a los cuales el método mixto, en el año 2009, había sido aplicado en el 7,5% de todas las sentencias referidas a prestaciones por incapacidad. Y, de ese porcentaje, un 97% se referían a mujeres, en tanto que solo un 3% a hombres.

En efecto, ya el Tribunal Federal había reconocido que dicho método se había utilizado sobre todo en el caso de mujeres que habían reducido su jornada para el cuidado de niños. Pero descarta la discriminación indirecta porque obedecería a un fin legítimo: proteger a las personas contra el riesgo de incapacidad, por motivos médicos, para el trabajo o para el desempeño de tareas del hogar rutinarias, y no frente a otras situaciones. Las limitaciones de un sistema de aseguramiento público justifican, desde luego, este tipo de reglas. Además, las disfunciones que presenta esta regulación deben afrontarse, entiende, por el legislador, y no por el intérprete del Derecho.

No comparte esta comprensión el TEDH. Frente a aquel argumento legalista, pone de manifiesto que había ya una creciente conciencia social acerca de los perniciosos efectos del método mixto, incompatible con los propósitos de alcanzarse la igualdad entre mujeres y hombres en una sociedad en la que aquellas buscan conciliar la vida profesional y familiar. En estas condiciones, el Tribunal entiende que la medida es desproporcionada al fin perseguido y, por consiguiente, contraria al artículo 14 del [Convenio](#) en su conexión con el artículo 8. El TEDH pone el acento en que, si la reclamante hubiera trabajado a tiempo completo o se hubiera dedicado en exclusiva a las tareas del hogar, en ese caso hubiese percibido el subsidio por incapacidad. De hecho, la señora Di Trizio había trabajado a jornada completa hasta que sus problemas de espalda se lo impidieron y ya había recibido dicho subsidio hasta poco después del nacimiento de sus hijos. Solo la aplicación del método mixto le supuso la retirada del mismo, bajo la presuposición de que no hubiera trabajado a jornada completa si no sufriera ningún tipo de limitación física. Es decir, fue su intención declarada de dedicarse al cuidado de los niños la que le provocó la pérdida de su derecho prestacional. Por lo tanto, para las madres que pretenden trabajar a tiempo parcial tras el nacimiento de sus hijos, el método mixto –que se aplica, en el 97% de los casos, a mujeres– constituye una fuente de discriminación.

La sentencia cuenta con un nutrido voto particular. En él se postula la desestimación de la queja por no afectar, *ratione materiae*, a las disposiciones del [Convenio](#). Sin profundizar mucho más en sus argumentos, considera que no cualquier medida de Seguridad Social puede considerarse desde el prisma del artículo 8 y de la vida familiar y privada, porque tal postura implica que todo el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social podría tener cabida en el ámbito de aplicación de la norma internacional desde la perspectiva de dicho precepto. Para esta postura disidente: el método mixto no afecta al desarrollo o a la autonomía personal de la reclamante. Y tampoco a la vida familiar, pues no pretende organizar esta, sino compensar los efectos económicos permanentes de la discapacidad.

4. TRASCENDENCIA DEL CRITERIO JURISPRUDENCIAL: SU INCIDENCIA EN LOS PRECEDENTES DEL TEDH Y EN LA DOCTRINA CONSTITUCIONAL ESPAÑOLA

Ciertamente, la sentencia parece no presentar un excesivo valor doctrinal; pero es manifiesta su importancia, si bien leída, porque toma el pulso de los criterios que en torno a la discriminación por razón de sexo asume el TEDH. A tal fin, es un buen exponente del difícil reto de

valorar una prestación de Seguridad Social –o, como en este caso, el acceso a la misma a través de su método de cálculo– desde el punto de vista de su compatibilidad con los derechos humanos. Sobre todo, teniendo en cuenta la postura casi unánime de los órganos de justicia de aumentar el margen de apreciación del Estado cuando se trata de diseñar las prestaciones de un sistema de protección social. Consecuentemente, si en su doctrina no es excesivamente novedosa, sí que marca tendencia hacia un mayor escrutinio de las medidas internas desde el punto de vista de su compatibilidad con el derecho a la no discriminación por razón de sexo, pues en estos casos se reduce el margen de apreciación estatal (párrafo 96, *in fine*).

Ahora bien, desde otra perspectiva, entiendo que el TEDH es aquí condescendiente en exceso con las convenciones sociales. Así se aprecia en el párrafo 100, cuando concluye que, en la sociedad contemporánea, «las mujeres buscan el propósito legítimo de conciliar la vida familiar y laboral». Tan rancio argumento no ubica, desde luego, a la Corte de Estrasburgo a la cabeza de la lucha contra los estereotipos de género. Además, es un argumento superfluo, una vez constatados los irrefutables datos estadísticos. Incluso estos datos estadísticos serían en sí mismos innecesarios, ante la máxima de evidencia de la feminización del trabajo de cuidado. En líneas generales, los fundamentos de la sentencia transitan por caminos bien alejados de un discurso actualizado en términos de género. Aunque, en el fondo, quizá reflejen lo que todavía constituye el pensamiento predominante en Europa.

Con todo, la sentencia tiene valores notables, si se compara, *v. gr.*, con la jurisprudencia del TJUE en interpretación de la [Directiva 79/7/CEE](#), del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de Seguridad Social. Por ejemplo, en el [asunto C-537/07, Gómez Limón, Sentencia de 16 de julio de 2009](#), el Tribunal de Luxemburgo conoció de un tema próximo, suscitado en torno al ordenamiento español: si, para el cálculo de la pensión de incapacidad permanente derivada de contingencia común era conforme con dicha directiva que la base reguladora se calculase a partir de las bases de cotización reducidas a causa de una reducción de jornada por guarda legal. En realidad, la sentencia argumentaba básicamente en torno al Acuerdo Marco sobre el permiso parental de 1996, pero la quinta cuestión planteada por el órgano remitente se refería a dicha Directiva 79/7/CEE y a dicha conformidad con ella del sistema español. El tribunal constata que las mujeres optan mucho más frecuentemente que los hombres por el disfrute de la reducción de jornada del artículo 37.5 del ET ([art. 37.6 ET/2015](#)). Pero se sale por la tangente y deniega que exista discriminación indirecta porque la situación de una persona que disfruta del permiso parental es específica y no asimilable a la de un hombre que trabaja a jornada completa. Entiende que es de aplicación la regla *pro rata temporis* para el cálculo de la pensión de incapacidad, como se había entendido en doctrina anterior en relación con la pensión de jubilación. Recuerda que el artículo 7.1 b) de dicha directiva expresa que no obsta a la facultad de los Estados miembros para excluir de su ámbito de aplicación «la adquisición del derecho a las prestaciones después de periodos de interrupción de empleo debidos a la educación de los hijos».

Comparada con la sentencia *Di Trizio*, la sentencia *Gómez Limón* resulta mucho más perniciosa. Quizá el Tribunal de Estrasburgo no conjugue su doctrina en términos doctrinales muy

adecuados, pero incorpora un enorme avance en relación con la postura del Tribunal de Luxemburgo: una regulación interna de la prestación de invalidez y su aplicación concreta en los casos de crianza de hijos queda bajo el escrutinio de su compatibilidad con el CEDH. Se dirá, con razón, que las situaciones que se enjuiciaban en ambos pronunciamientos eran cualitativamente distintas, pues en el asunto *Di Trizio* la reclamante no trabajaba, sino que lo había hecho tiempo atrás y, en realidad, no disfrutaba de un permiso parental. Además, no se aplicaba la [Directiva 79/7/CEE](#), sino directamente los artículos 8 y 14 del Convenio de Roma. Todo eso concedido, habría que añadir que, posiblemente, la señora Gómez Limón Camacho hubiera obtenido sentencia estimatoria si hubiese acudido al TEDH y el fallo fuera congruente con el del asunto *Di Trizio*. En efecto, *mutatis mutandi*, los fundamentos de este valdrían para aquella.

Bien es cierto que la jurisprudencia del TJUE algo se ha matizado, en particular en el [asunto C-385/11, Elbal Moreno, sentencia de 22 de noviembre de 2012](#). En ella, se considera que la disposición adicional séptima de la [Ley General de Seguridad Social](#), tal y como estaba redactada antes de la reforma de 2013 ([RDL 11/2013, de 2 de agosto](#)), constituía una discriminación indirecta por razón de sexo. Como pocos meses después haría el propio Tribunal Constitucional Español en la [STC 61/2013, de 14 de marzo](#).

El propio Tribunal Constitucional tuvo la oportunidad de conocer de supuestos idénticos al planteado en el asunto *Gómez Limón*, por ejemplo en el [Auto 200/2007, de 27 de marzo](#). En él se inadmitió una cuestión de inconstitucionalidad acerca del artículo 140.2, en relación con el artículo 109.1 del [texto refundido de la Ley General de Seguridad Social de 1994](#). El voto mayoritario argumenta que se trata de un planteamiento de vulneración de la Constitución por insuficiencia normativa, pues el legislador no ha previsto una regla específica para el cálculo de la incapacidad permanente derivada de contingencia común en caso de reducción de jornada por cuidado de hijos. Lo cual, desde la perspectiva del auto del Juzgado de lo Social que planteó la cuestión, podría producir una discriminación indirecta por razón de sexo. Pero entiende dicho voto que, en realidad, solo el legislador, dentro de la libertad de configuración de que goza, podría solucionar la tacha de constitucionalidad apreciada. El tribunal admite que es indiscutible estadísticamente que son las mujeres las que se acogen a estos derechos y que la cotización durante la reducción de jornada puede afectar la cuantía de una futura pensión, pero concluye que ello no implica una discriminación indirecta contra la mujer. Con cita de la [STC 253/2004](#), se pone énfasis en que en ella se dilucidaba el acceso a las pensiones por parte de los trabajadores a tiempo parcial, no la cuantía de la prestación, como se suscitaba en la cuestión que se inadmite. En esta, se trata de la estricta aplicación del principio de proporcionalidad y es constitucionalmente legítimo reducir la cuantía de la pensión a causa del menor esfuerzo contributivo.

Como es sabido, dicho Auto del Tribunal Constitucional cuenta con un voto particular que enfatiza las diferencias entre el trabajo a tiempo parcial y la reducción de jornada y que expresa la finalidad de política social a la que esta institución responde, ligada con el mandato del artículo 39 de la [Constitución](#). Considera, por lo tanto, que no es pertinente la cita de la [STC 253/2004](#), y añade que se produce una clara apariencia de discriminación indirecta en contra de las mujeres. En tales condiciones, y sin prejuzgar el contenido de un hipotético fallo, las magistradas firmantes de este voto entienden que la cuestión debería de haber sido admitida.

Otra vez la comparación, en este caso de la doctrina constitucional española con la del Tribunal de Estrasburgo, pone de relieve que la sentencia *Di Trizio* tiene un gran interés. El Tribunal Constitucional, al menos en el Auto 200/2007, fue incapaz de identificar un caso de perjuicio hacia las mujeres en la aplicación de la normativa española de Seguridad Social, con el agravante de que se aferra al principio de proporcionalidad en sus estrictos términos, sin el más elemental examen de sus efectos, que solo son perceptibles para el voto particular. Por otra parte, el voto mayoritario apela a la conocida doctrina de que, en todo caso, se trataría de un problema que solo podría resolver el cuerpo legislativo.

La doctrina del asunto *Di Trizio* se construye a partir de una exigua mayoría. Es importante poner de manifiesto que el método mixto conducía, en el caso concreto planteado, a denegar la prestación por incapacidad a la reclamante. Puede plantearse la hipótesis de qué hubiera sucedido si, en lugar de producirle una pérdida de la cobertura, simplemente implicara una reducción de la misma, en aplicación de un estricto principio de proporcionalidad. No es nada seguro que, en este caso, el Tribunal de Estrasburgo hubiera apreciado violación del artículo 14 en relación con el artículo 8 del Convenio de Roma. Aunque tal vez sí. Es una cuestión que queda abierta.

Con todas las dudas que se quiera, hay determinados elementos de la sentencia que ponen en entredicho la jurisprudencia de otros órganos, en los términos en los que ha sido descrita. Por ejemplo, se pone de manifiesto que la existencia de una discriminación indirecta por razón de sexo limita severamente el margen de apreciación de los Estados miembros del Consejo de Europa a la hora de establecer y aplicar sus normas relativas a las prestaciones de Seguridad Social. O que, sin duda alguna, las reglas que producen efectos desfavorables a las personas que reducen su jornada para dedicarse a la crianza de sus hijos tienen una clara impronta de discriminación indirecta por razón de sexo.

En cuanto al sistema español de Seguridad Social, ha habido una tendencia, acelerada con la aprobación de la [Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo](#), de resolver legalmente los problemas de interferencia de la reducción de jornada con derechos laborales y de Seguridad Social. Por ejemplo, en cuanto a la indemnización por despido –cuestión posteriormente aclarada por el propio TJUE, en el [asunto C-116/08, Meerts, Sentencia de 22 de octubre de 2009](#)–, al cálculo de la base reguladora de la prestación por desempleo o al establecimiento de presunciones de cotización en caso de reducción de jornada por guarda legal. El problema consiste en que han quedado olvidadas algunas situaciones que producen otros tantos perjuicios hacia las personas que disfrutan del derecho del artículo 37.5 del ET ([art. 37.6 ET/2015](#)). El caso del cálculo de las pensiones derivadas de contingencia común es sin duda alguna el más paradigmático. Para todos ellos, hasta ahora despachados por la doctrina judicial con el argumento de que solo al legislador compete resolverlos, el asunto *Di Trizio* supone una tenue luz de esperanza.

Bien es cierto que el TEDH no desmiente el principio de proporcionalidad, de modo que no contradice abiertamente ninguna de las doctrinas judiciales que se han descrito, ya internas, ya de la Unión Europea. También lo es que no pone el listón muy alto acerca de los consensos generalmente aceptados en torno a la no discriminación por razón de sexo. Con todo, permite

un cuestionamiento del acervo jurisprudencial existente en la encrucijada entre las prestaciones públicas de Seguridad Social y la reducción de jornada por crianza de hijos. La sentencia *Di Trizio* la sitúa bajo el escrutinio de su compatibilidad con los derechos humanos proclamados en el Convenio de 1950 y restringe el margen de apreciación de los Estados, cuya actuación no puede ser libérrima cuando está en cuestionamiento el acceso a las prestaciones a causa de una circunstancia tan feminizada como es la opción por restringir el tiempo dedicado a las actividades profesionales en aras del cuidado de los hijos.

Por supuesto, queda abierta y totalmente ajena al debate del asunto comentado la dialéctica entre la aplicación del principio de igualdad o el de proporcionalidad. Pero cuando este produce un perjuicio evidente a un colectivo feminizado, es obvio que ha de ser justificado con base en un interés legítimo y de acuerdo con el principio de proporcionalidad.