

PROTECCIÓN SOCIAL DE LA FAMILIA: ASPECTOS LABORALES Y DE SEGURIDAD SOCIAL

Raquel AGUILERA IZQUIERDO

Profesora Titular de Derecho del Trabajo
y de la Seguridad Social
de la Universidad Complutense de Madrid
aguilera@der.ucm.es

RESUMEN

Este artículo analiza el modo en el que el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social trata de cumplir el mandato constitucional de protección a la familia. Para ello, tras analizar las instituciones que desde este ámbito se encargan de su protección, el estudio se centra principalmente en analizar las repercusiones que en el ámbito laboral y de Seguridad Social está teniendo la transformación en el modo tradicional de concebir la familia.

Palabras clave: familia, protección a la familia, conciliación de la vida personal, familiar y laboral, familias numerosas, prestaciones familiares.

ABSTRACT

This article analyses the way in which Employment and Social Security Law seeks to fulfil the constitutional mandate of protecting the family. To do this, after analysing the institutions that are responsible for protecting it from this sphere, the study largely focuses on analysing the repercussions that the transformation in the traditional way of conceiving of the family is having in the Employment and Social Security field.

Keywords: Family, protection of the family, Reconciling work, personal and family life, Numerous families, Family benefits.

ZUSAMMENFASSUNG

Dieser Artikel untersucht die Weise, in der das Arbeitsrecht und die Sozialversicherung ihrem verfassungsrechtlichen Auftrag nachkommen die Familie abzusichern. Hierzu werden die Institutionen untersucht, die den Auftrag wahrnehmen, in Ihrem jeweiligen Bereich die Absicherung der Familie zu gewährleisten. Des weiteren wird analysiert, welche Auswirkungen der Wandel des Familienkonzepts auf den Bereich der Arbeit und der Sozialversicherung hat.

Schlüsselwörter: Familie, Absicherung der Familie, Vereinbarkeit von Arbeits- und Privatleben, kinderreiche Familien, Familienbeihilfen.

SUMARIO: I. FAMILIA Y CONSTITUCIÓN: EL DEBER DE PROTECCIÓN A LA FAMILIA.— II. LA INCIDENCIA DE LA FAMILIA EN EL DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL.—III. LAS TRANSFORMACIONES EN LA FORMA TRADICIONAL DE CONCEBIR LA FAMILIA Y SUS REPERCUSIONES EN EL DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL.—A) La incorporación de la mujer al mercado de trabajo.— B) Las parejas de hecho.—IV. LA PROTECCIÓN DE LAS FAMILIAS ESPECIALMENTE NECESITADAS DE TUTELA: LAS FAMILIAS NUMEROSAS.

I. FAMILIA Y CONSTITUCIÓN: EL DEBER DE PROTECCIÓN A LA FAMILIA

La familia constituye una de las instituciones centrales de nuestra sociedad. Por ello, la CE ha querido otorgarle una protección específica que se concreta en tres ámbitos: social, económico y jurídico. En efecto, según establece el art. 39.1 CE, «los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia». Se trata de un principio rector de la política social y económica dirigido a los poderes públicos, de manera que son éstos, cualquiera que sea su ámbito territorial (estatal, autonómico o local) y funcional, los que se responsabilizan de la protección a la familia.

De acuerdo con lo dispuesto en el art. 53.3 CE, el deber de protección a la familia, como principio rector de la política social y económica, informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Se exige, lógicamente, un desarrollo normativo de ese deber para lo que se deja total libertad al legislador, pues el art. 39 CE no ofrece ningún tipo de directriz a tener en cuenta. El art. 39 CE se inspira en el art. 16 de la Carta Social Europea de 18 de octubre de 1961 y, al igual que esta norma, se limita a reconocer el deber de protección a la familia, pero sin fijar objetivos a conseguir ni acciones concretas a adoptar para llevar a cabo dicha protección.

En cualquier caso, como ha señalado la doctrina, «pese a la vaguedad de su formulación, existe un mandato constitucional que obliga a los poderes públicos a proteger a la familia en la forma que las leyes determinen»¹. Pero ¿qué modelo de familia protege la CE? Tal y como sociológicamente se viene planteando, existen varios modelos de familia, lo que obliga a preguntarse si sólo alguno de ellos es protegido por la CE o si, por el contrario, todos ellos integran el concepto de familia desde el punto de vista constitucional.

¹ M. A. ALMENDROS GONZÁLEZ, *La protección social de la familia*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2005, p. 87.

Entre los distintos modelos de familia existentes podemos señalar los siguientes²:

- familia nuclear, formada por el matrimonio sin hijos o por el matrimonio y los hijos solteros;
- familia monoparental, formada por el padre o madre y los hijos solteros;
- familia nuclear extensa, formada por el matrimonio con o sin hijos y otras personas (por ejemplo, ascendientes).

Como se deriva de esta clasificación, la doctrina considera que el matrimonio sin hijos también forma una familia, postura, por otra parte, ratificada por el propio Tribunal Constitucional³. Asimismo, no hay duda tampoco de que, haya o no matrimonio, si existe descendencia común nos encontramos ante una familia. La duda, por tanto, que plantea el concepto de familia protegida constitucionalmente se centra en las uniones de hecho⁴. La jurisprudencia del Tribunal Constitucional, hasta la fecha, viene ofreciendo soluciones distintas dependiendo del supuesto de hecho planteado. En efecto, en relación con la pensión de viudedad, el Tribunal Constitucional ha argumentado que la exclusión de las uniones de hecho no vulnera el art. 14 CE (STC 184/1990, de 15 de noviembre); en cambio, en relación con la subrogación *mortis causa* en el contrato de arrendamiento, ha estimado que la exclusión de las uniones de hecho resulta inconstitucional por discriminatoria (SSTC 222/1992, de 11 de diciembre, y 47/1993, de 8 de febrero). Así, la STC 184/1990, en relación con la pensión de viudedad, señala que si bien el legislador podría reconocer el derecho a una pensión de supervivencia idéntica a la de viudedad al supérstite de la unión estable de hecho, en los supuestos y con los requisitos que en su caso se establecieran, el hecho de que no se haya hecho así en la actualidad no lesiona el art. 14 CE ni el art. 39 CE. Sin embargo, el voto particular que contiene esta sentencia entiende, por el contrario, que las uniones de hecho sí que cuentan con una protección constitucional. El concepto

² *Vid.*, entre otros, R. LARA OVEJAS, «Familia y cambio social: una nueva filosofía en la atención», en L. SIMÓN ALFONSO y M. REJADO CORCUERA (coords.), *Familia y bienestar social*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000, pp. 144 y 145.

³ Como señala el TC en su Sentencia 45/1989, de 20 de febrero, «sea cual fuere el concepto constitucionalmente adecuado de familia, no es discutible que tal concepto incluya sin duda la familia originada en el matrimonio».

⁴ *Vid.* D. ESPIN CÁNOVAS, «Comentario al art. 39 de la Constitución Española», en Ó. ALZAGA (dir.), *Comentarios a la Constitución Española de 1978*, t. IV, Madrid, Edersa, 1999, pp. 48-51.

de familia del art. 39.1 CE no se identifica con el de familia matrimonial. El término familia incluye tanto al matrimonio como a la unión afectiva y estable de una pareja. Para el magistrado que formula este voto particular, por tanto, la CE protege tanto a la familia matrimonial como a las uniones de hecho. En el sentido de este voto particular se pronuncian sentencias posteriores del Tribunal Constitucional, pero en relación con un supuesto distinto, como es el señalado relativo a la subrogación del contrato de arrendamiento. Entre ellas podemos destacar la STC 47/1993, según la cual «la Constitución no protege a la familia que se constituye como matrimonio, sino también a la familia como realidad social, entendida por tal la que se constituye voluntariamente mediante la unión de hecho, afectiva y estable de una pareja».

Este último criterio es el que viene sosteniendo cada vez con más fuerza la doctrina, al considerar que dentro de los amplios límites establecidos por la CE debe aplicarse en cada momento el concepto de familia que sea más adecuado a la realidad social vigente⁵.

Al margen de este debate jurisprudencial y doctrinal acerca de si las uniones de hecho encajan en el concepto de familia, la realidad nos muestra que el amplio concepto de familia que utiliza el art. 39.1 CE permite que cuando se concreta la protección exigida por la CE en las leyes correspondientes, el legislador pueda, como viene haciendo, tutelar una realidad familiar determinada (matrimonial, monoparental, etc.), estableciendo de este modo el concepto legal de familia que considera necesitada de dicha protección. De este modo, el concepto de familia utilizado por las distintas normas que pretenden protegerla (civiles, administrativas, fiscales o tributarias, laborales o penales) puede variar de unas a otras. Ahora bien, en la práctica lo cierto es que casi todas «las medidas de protección familiar que contempla nuestro ordenamiento jurídico presuponen la existencia de relaciones paternofiliales»⁶. Las familias con hijos a cargo suelen ser las exclusivas destinatarias de las medidas protectoras en las que se concreta el art. 39 CE.

La protección pública a la familia ha adquirido en los últimos años un indudable auge motivado en gran medida por desequilibrios demográficos. Así, más allá de las medidas concretas que diferentes normas pueden

⁵ A. R. ARGÜELLES BLANCO, *La protección de intereses familiares en el ordenamiento laboral*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1998, p. 24; M. A. ALMENDROS GONZÁLEZ, *La protección social de la familia*, *op. cit.*, pp. 47-60; T. PÉREZ DEL RÍO, «El concepto de familia y su protección en la reforma de la Seguridad Social», en *II Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1985, p. 359.

⁶ M. A. ALMENDROS GONZÁLEZ, *La protección social de la familia*, *op. cit.*, p. 95.

adoptar para conseguir dicha protección, se ha pretendido, principalmente a nivel estatal y autonómico, establecer una auténtica política de protección a la familia entendiendo por tal el conjunto de acciones del sector público que tienen por finalidad favorecer a las familias, mejorar su bienestar y fortalecer su funcionamiento. La política de protección a la familia incluye, por tanto, medidas de muy diversos tipos que tienen un triple objetivo⁷: conseguir una compensación de cargas familiares y redistribución de rentas; influir en los comportamientos demográficos eliminando las dificultades o trabas, principalmente económicas, que tienen las personas para elegir el número de hijos deseado, y conciliar la vida laboral y familiar.

A nivel nacional, el Plan Integral de Apoyo a la Familia 2001-2004, aprobado el 8 de noviembre de 2001 por el gobierno del Partido Popular entonces en el poder, constituye la iniciativa más clara de estrategia integral para proteger a la familia. Como el propio Plan pone de manifiesto en su introducción, «no se trata en ningún caso de hacer políticas que interfieran en la vida de las familias, sino de facilitar que éstas puedan tener la seguridad y estabilidad necesarias para tomar sus propias decisiones». Se trata, en definitiva, de apoyar o de proteger a las familias, siguiendo el mandato del art. 39.1 CE, desarrollando políticas que faciliten su estabilidad, calidad de vida, autonomía y bienestar, y que, en consecuencia, eliminen al máximo posible los obstáculos o dificultades que afectan directamente a las familias. Con esta intención, el Plan se estructura en cuatro grandes objetivos que ponen de manifiesto los múltiples y complejos campos de actuación que afectan a la familia:

- incrementar la calidad de vida de las familias;
- fomentar la solidaridad intergeneracional;
- apoyar a la familia como garante de la cohesión social;
- prestar apoyo a las familias en situación de riesgo social y otras situaciones especiales.

Todos estos objetivos se concretan en diez líneas estratégicas y un gran número de medidas dentro de cada una de dichas líneas para conseguir los objetivos propuestos: política fiscal y de rentas; mejora de las prestaciones de Seguridad Social por hijo a cargo; conciliación de la vida familiar y laboral; política de vivienda; favorecer el acceso a las familias a las nuevas tecnologías; revisión del Derecho de familia; desarrollo de los servicios

⁷ *Ibid.*, pp. 73-85.

de orientación y/o mediación familiar; apoyo a las familias en situaciones especiales; fomento de la participación social y acceso a la cultura de las familias, y nueva ley de protección a las familias numerosas.

Ahora bien, fuera de este Plan Integral de Apoyo a la Familia señalado, podemos decir que a nivel estatal no existe una auténtica política familiar, sino que se trata de proteger a la familia desde distintos ámbitos o desde distintas perspectivas, pero sin una clara conexión entre ellas.

Por su parte, la gran mayoría de las Comunidades Autónomas cuentan también en la actualidad con Planes de Apoyo a la Familia, en los que se recoge de forma sistemática las actuaciones que desde las Administraciones autonómicas se están realizando, o se estiman conveniente realizar, para conseguir un adecuado desarrollo económico y social de la familia. Entre dichos Planes, sin ánimo exhaustivo, podemos citar los siguientes:

- Plan de Apoyo a las Familias Andaluzas 2007.
- Plan Estratégico de Apoyo a las Familias de Cantabria 2007-2012.
- Plan Integral de Apoyo a la Familia en Castilla-La Mancha 2007-2011.
- Líneas Estratégicas de Apoyo a las Familias de Castilla y León, aprobadas el 7 de diciembre de 2005.
- Plan Integral de Apoyo a la Familia de las Islas Baleares 2005-2008.
- Plan de Apoyo a la Familia de la Comunidad de Madrid 2005-2008.
- II Plan Interinstitucional de Apoyo a las Familias del País Vasco 2006-2010.
- Plan Integral de Infancia, Familia y Adolescencia del Principado de Asturias 2004-2007.
- I Plan de Promoción a la Familia de la Comunidad Autónoma de la Región de Murcia 2006-2008.
- II Plan Integral de la Familia y la Infancia de la Comunidad Valenciana 2007-2010.

Estos datos muestran claramente como los poderes públicos, especialmente autonómicos más que estatales, han tomado conciencia en los últimos años de la conveniencia de satisfacer adecuadamente las necesidades de la familia desde una perspectiva global o integral. La incorporación de la mujer al mercado de trabajo, el descenso de la natalidad, el envejecimiento progresivo de la población o el aumento de las familias monoparentales, son algunos de los múltiples cambios que viene experimentando la sociedad actual y que han llevado a los poderes públicos a asumir con

mayor interés el mandato constitucional que les exige responsabilizarse de la protección social, económica y jurídica de la familia.

II. LA INCIDENCIA DE LA FAMILIA EN EL DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Sin ninguna duda una de las ramas del ordenamiento jurídico que pretende cumplir con el mandato constitucional de protección a la familia es el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. En efecto, «el Derecho del Trabajo debe incluir fórmulas que permitan a los trabajadores compatibilizar la atención de determinados intereses familiares con su desarrollo profesional, sin que ello suponga un peligro para la estabilidad en el empleo»⁸. Por su parte, la Seguridad Social ha de hacer frente a las cargas sociales que la familia genera a través de prestaciones económicas, sanitarias y asistenciales. De este modo, puede afirmarse que desde el punto de vista del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social las medidas de protección a la familia son, por un lado, de promoción y fomento, y, por otro, de naturaleza prestacional.

Por lo que se refiere al primer tipo de medidas, debemos partir de la base de que el hecho de tener responsabilidades familiares implica una mayor dificultad para integrarse plenamente en el mercado de trabajo, de manera que «los poderes públicos deberán adoptar las medidas precisas para garantizar la compatibilidad del cumplimiento de tales responsabilidades familiares con el ejercicio de las obligaciones de carácter laboral»⁹. De ahí que el fundamento constitucional de todas las medidas de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, a las que en el próximo apartado haremos referencia, se encuentra precisamente en el art. 39 CE.

Por lo que se refiere a las medidas de naturaleza prestacional, la Seguridad Social trata de proteger a la familia, como institución que agrupa a distintas personas que se prestan ayuda mutua entre sí, otorgando distintas prestaciones cuando surgen situaciones de necesidad. La Seguridad Social otorgará su protección a la familia no sólo cuando exista una dependencia económica, sino que para el Derecho de la Seguridad Social «resultan igualmente relevantes las relaciones existentes entre aquellas personas que care-

⁸ A. R. ARGÜELLES BLANCO, *La protección de intereses familiares en el ordenamiento laboral*, op. cit., p. 32.

⁹ J. CRUZ VILLALÓN, «La incidencia de la institución familiar sobre la legislación laboral», en *El modelo social en la Constitución Española de 1978*, MTAS, 2003, p. 1375.

cen de la edad o de la capacidad necesaria para mantener una vida autónoma (niños, ancianos, enfermos o minusválidos) y, por ello, dependen en su existencia diaria de los cuidados y de las atenciones que les dispensan otro u otros miembros de su familia, al margen de sus recursos económicos»¹⁰.

Podemos afirmar que la Seguridad Social se ocupa de la familia desde distintos ámbitos, utilizando un concepto de familia variable dependiendo de las prestaciones a otorgar. No nos estamos refiriendo con esta afirmación exclusivamente a las denominadas por la el art. 38.1.d) LGSS «prestaciones familiares», sino al concepto de familia utilizado por el sistema de Seguridad Social en su conjunto. La familia no sólo es objeto de protección por el sistema de Seguridad Social a través de las denominadas prestaciones familiares, sino que trata de ser protegida de distintas formas que a continuación trataremos de sistematizar:

1. En primer lugar, la protección más directa a la familia se lleva a cabo a través de las mencionadas «prestaciones familiares» reguladas en el Capítulo IX de la LGSS (arts. 180 a 190). Todo este capítulo de la LGSS ha sido reordenado por la Ley 52/2003, de 10 de diciembre, de disposiciones específicas en materia de Seguridad Social, con un objetivo básico, según señalaba la Exposición de Motivos de dicha ley: clarificar la naturaleza de esta clase de prestaciones y, a su vez, sistematizar las normas legales aplicables incluyendo en un único cuerpo legal la regulación de todas las prestaciones familiares, evitando la dispersión existente hasta ese momento. En efecto, en la nueva ordenación se configuran como prestaciones de naturaleza no contributiva la totalidad de las prestaciones familiares de la Seguridad Social, excepto el periodo de cotización efectiva durante la excedencia por cuidado de hijos o familiares y durante el periodo de reducción de jornada por razones de guarda legal. La prestaciones familiares, que antes de la reforma de 2003 se consideraban prestaciones contributivas, pasan a ser no contributivas a partir de esa fecha. Así, de conformidad con el art. 181 LGSS, tras la modificación que también ha sufrido este artículo por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, las prestaciones familiares de la Seguridad Social, en su modalidad no contributiva, consistirán en:

- una asignación económica por cada hijo a cargo del beneficiario, menor de dieciocho años o mayor de dicha edad si está afectado por una minusvalía en grado igual o superior al 65 por 100, cualquiera que

¹⁰ C. BLASCO RASERO, *La familia en el Derecho de la Seguridad Social*, Navarra, Aranzadi, 2003, p. 355.

- sea la naturaleza legal de la filiación de aquél, así como por los menores acogidos, en acogimiento familiar, permanente o preadoptivo;
- una prestación económica de pago único a tanto alzado por nacimiento o adopción de hijo, en supuestos de familia numerosas, monoparentales y en los casos de madres discapacitadas;
 - una prestación económica de pago único por parto o adopción múltiples, y
 - una prestación económica de pago único por nacimiento o adopción de hijo.

En las prestaciones familiares señaladas «la carga familiar es el objeto central del aseguramiento»¹¹. Tienen, por tanto, un claro carácter protector, pues, como señaló el RDL 1/2000, de 14 de enero, sobre determinadas medidas de mejora de la protección familiar de la Seguridad Social, que introdujo las dos prestaciones de pago único señaladas (por nacimiento de tercer o posterior hijo y por parto múltiple), su finalidad es la de «compensar, en parte, los mayores gastos que se producen por nacimiento de hijos, en los casos de familias con menores recursos, o cuando, de forma simultánea, las familias han de cuidar de varios hijos por el hecho del parto múltiple».

2. En segundo lugar, junto a las prestaciones estrictamente familiares según el Capítulo IX de la LGSS, el sistema de Seguridad Social reconoce también otras prestaciones familiares que podemos denominar indirectas, pues el objeto de aseguramiento de estas prestaciones no es la mayor carga económica que para una familia supone el nacimiento de un hijo o que para determinadas familias con menores recursos económicos supone tener hijos a cargo. En efecto, la familia es tenida en cuenta por la Seguridad Social en relación con otras prestaciones que contribuyen sin ninguna duda a la protección de la familia. Así, partiendo de la idea de que «la familia es también una fuente de necesidades sociales»¹², se incluyen, a nuestro juicio, dentro de las que hemos denominado prestaciones familiares indirectas, las siguientes: la prestación por maternidad, la prestación por paternidad, la prestación por riesgo durante el embarazo y las prestaciones por muerte y supervivencia (orfanidad, viudedad y prestaciones a favor de familiares). Ninguna de estas prestaciones tiene por objeto compensar las cargas familiares, pero todas ellas tienden a proteger, de una u otra manera, a la familia.

¹¹ M. ALONSO OLEA y J. L. TORTUERO PLAZA, *Instituciones de Seguridad Social*, 17.ª ed., Madrid, Civitas, 2000, p. 356.

¹² M. A. ALMENDROS GONZÁLEZ, *La protección social de la familia*, op. cit., p. 248.

Por lo que se refiere a las prestaciones por maternidad, paternidad y riesgo durante el embarazo, se trata de prestaciones que tratan de proteger la maternidad biológica, así como de conciliar la vida personal, familiar y laboral, por lo que indirectamente están protegiendo a la familia. Si tras el nacimiento, adopción o acogimiento de un hijo no pudiera disfrutarse de un periodo de suspensión del contrato de trabajo con derecho al cobro de la prestación correspondiente, difícilmente podrían atender al cuidado de los hijos las personas trabajadoras. Se trata así de garantizar la compatibilidad entre el trabajo y el cuidado de los hijos durante los primeros meses de vida. Por tanto, indirectamente se está protegiendo a la familia y en alguna medida se está intentando contribuir con estas prestaciones al fomento de la natalidad.

Por otra parte, y por lo que se refiere a las prestaciones por muerte y supervivencia, claramente los votos particulares de las SSTC 29/1991 y 30/1991, ambas de 14 de febrero, señalaron, en relación con la pensión de viudedad, que ésta «no tiene como fin la protección de la familia, sino salvaguardar una necesidad y suplir una disminución de ingresos en perjuicio del superviviente del matrimonio por el fallecimiento del cónyuge, ya que, de configurarse como protección o ayuda familiar, su devengo sería coetáneo con la celebración del matrimonio». Ahora bien, desde el momento en que los beneficiarios de las pensiones de muerte y supervivencia son miembros de la unidad familiar, «a los que se les exige además convivencia y dependencia económica del sujeto causante, también se está dispensando, aunque sea indirectamente, un cierto grado de protección a dicha familia»¹³. Además, las múltiples reformas a las que en los últimos años venimos asistiendo en relación con este tipo de prestaciones son, en gran medida, una adaptación a las transformaciones que el modelo tradicional de familia ha experimentado, lo que es una prueba más de que estas prestaciones protegen indirectamente a la familia.

3. En tercer y último lugar podemos hablar de prestaciones que tienen en cuenta las circunstancias familiares del beneficiario de manera que, también de un modo indirecto, la Seguridad Social protege en estos casos a la familia. Las circunstancias familiares del beneficiario, entendiendo por circunstancias familiares que el beneficiario tenga personas que vivan a su costa, son tenidas en cuenta en numerosas ocasiones por la Seguridad Social, principalmente con la finalidad de calcular la cuantía de las prestaciones; así, por ejemplo:

¹³ *Ibid.*, p. 268.

- para determinar el sujeto beneficiario y la cuantía de la prestación de incapacidad permanente en su modalidad de no contributiva (arts. 144 y 145 LGSS);
- para determinar el sujeto beneficiario y la cuantía de la prestación de jubilación en su modalidad de no contributiva (arts. 167 y 168 LGSS);
- para determinar la cuantía máxima y mínima de la prestación por desempleo (art. 211 LGSS);
- para determinar los beneficiarios del subsidio por desempleo (art. 215 LGSS);
- para el cálculo de las cuantías mínimas de las pensiones de jubilación, incapacidad permanente y viudedad (véanse reales decretos sobre revalorización de pensiones que anualmente se aprueban).

Como puede fácilmente comprobarse, la familia, desde el punto de vista de la Seguridad Social, es objeto reiterado de protección, como por otro lado no podía ser menos si tenemos en cuenta que la familia cumple la función primordial de «actuar como cauce de solidaridad a través del cual se satisfacen las necesidades básicas del individuo»¹⁴. Si los poderes públicos tienen la obligación de proteger a la familia, según establece el art. 39.1 CE, la Seguridad Social constituye una de las instituciones que con más claridad pueden utilizar los poderes públicos para otorgar dicha protección ante situaciones de necesidad que pueden surgir dentro del seno familiar. Aunque con carácter general se ha afirmado que «las prestaciones familiares no han sido consideradas prioritarias, produciéndose un descenso del “valor real” de las mismas y, en general, una notable disminución respecto del gasto total de protección social»¹⁵, en los últimos años, partiendo de la idea de que la protección a la familia por parte del sistema de la Seguridad Social va más allá de las estrictas prestaciones familiares, podemos decir que esta situación ha cambiado notablemente.

En efecto, gran parte de las normas que en materia de Seguridad Social se han dictado en los últimos diez años tienen precisamente como finalidad aumentar la protección a la familia teniendo en cuenta las transformaciones que esta institución ha experimentado. Entre esas reformas podemos destacar las siguientes:

- El RDL 1/2000, de 14 de enero, sobre determinadas medidas de mejora de la protección familiar de la Seguridad Social, desarrollado por

¹⁴ S. GINER, *Sociología*, Barcelona, Península, 1973, p. 115.

¹⁵ M. ALONSO OLEA y J. L. TORTUERO PLAZA, *Instituciones de Seguridad Social*, op. cit., p. 356.

RD 1368/2000, de 19 de julio. Con el objetivo de apoyar a la familia, esta norma procedió a una revisión de las cuantías de las asignaciones económicas de la Seguridad Social por hijo a cargo menor de dieciocho años. Asimismo, incorporó dos nuevas prestaciones, como anteriormente hemos señalado: la prestación económica por nacimiento de tercer o sucesivos hijos y la prestación económica por parto o adopción múltiples.

— La Ley 52/2003, de 10 de diciembre, de disposiciones específicas en materia de Seguridad Social, a la que también hemos hecho anteriormente referencia, y que reordenó las prestaciones familiares en el ámbito de la Seguridad Social.

— El RD 1335/2005, de 11 de noviembre, que regula las prestaciones familiares de la Seguridad Social. Este Real Decreto constituye el desarrollo reglamentario de las prestaciones familiares de la Seguridad Social, consecuente con su nueva regulación. Se aborda, por otra parte, en esta norma la regulación de determinadas mejoras en el ámbito de la protección, consistentes, básicamente, en la atemperación de las causas de extinción de la pensión de orfandad por incapacidad del huérfano, y se prevé la posibilidad de que el otro progenitor perciba las prestaciones de maternidad en caso de fallecimiento de la madre durante el parto o posteriormente.

— La LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres. Esta Ley introduce numerosas reformas en la LGSS dirigidas a fomentar la conciliación de la vida personal, familiar y laboral. Así, se introducen tres nuevas prestaciones en la LGSS, la prestación por riesgo durante la lactancia natural, la prestación por paternidad y el subsidio no contributivo por maternidad, al tiempo que se reforma la prestación por maternidad y se intenta evitar que el ejercicio de los derechos de conciliación, especialmente la excedencia y la reducción de jornada por cuidado de hijos, cause cualquier tipo de perjuicio en la carrera de seguro del beneficiario de la prestación.

— La LO 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social. Entre los objetivos de esta Ley destaca, sin ninguna duda, su intención de modernizar el sistema público de Seguridad Social, abordando las situaciones creadas por las nuevas realidades familiares. En este sentido, son particularmente destacables las modificaciones introducidas en la LGSS en relación con la pensión de viudedad otorgándose, finalmente, cobertura no sólo a quien es cónyuge del fallecido, sino también a quien es pareja de hecho del causante si se cumplen los requisitos legalmente exigidos.

Desde el punto de vista del Derecho civil se viene hablando de una crisis del Derecho de familia como consecuencia de los conflictos que plan-

tean la existencia de nuevas realidades familiares. Esos mismos conflictos se trasladan a otras ramas del Derecho, pues la amplitud del concepto constitucional de familia plantea la duda de qué tipo de realidades familiares deben los poderes públicos proteger¹⁶. Sin ninguna duda el concepto de familia tradicional viene experimentando importantes transformaciones en los últimos años a las que el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social no puede permanecer ajeno. La LO 40/2007, de 4 de diciembre, es una buena prueba de ello.

Ahora bien, los cambios de composición de la familia y las nuevas necesidades que ésta ha de afrontar van a provocar, lógicamente, problemas en materia de financiación de los sistemas de pensiones públicas. Así, por ejemplo, el reconocimiento del derecho al cobro de la pensión de viudedad por parte de las parejas de hecho va a suponer un incremento del gasto de la Seguridad Social, pues su reconocimiento no supone una ampliación de los cotizantes al sistema, pero sí una ampliación de su ámbito subjetivo de protección en relación con la señalada prestación.

III. LAS TRANSFORMACIONES EN LA FORMA TRADICIONAL DE CONCEBIR LA FAMILIA Y SUS REPERCUSIONES EN EL DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

A) La incorporación de la mujer al mercado de trabajo

La incorporación de la mujer al mercado de trabajo no sólo ha tenido como consecuencia un descenso de la natalidad, sino también un cambio radical en el concepto tradicional de familia y en el papel que cada uno de sus miembros asume dentro de la misma. En efecto, han sido las mujeres quienes tradicionalmente se han ocupado del cuidado de los hijos y de los familiares enfermos y ancianos. Sin embargo, con su incorporación al mundo laboral han dejado de asumir este papel de forma exclusiva. El acceso de la mujer al mercado de trabajo ha venido acompañado, por tanto, de profundas e importantes transformaciones en la estructura familiar¹⁷. El concepto de familia en España ha cambiado, y en este senti-

¹⁶ En este sentido *vid.* E. LÓPEZ TERRADA, *Uniones matrimoniales y uniones de hecho en el Régimen General de la Seguridad Social*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2008, p. 19.

¹⁷ Sobre este tema *vid.* G. MEIL LANDWERLIN, «Cambio familiar y solidaridad familiar en España», *RMTAS*, núm. 26, 2000, pp. 129-153.

do, es fundamental establecer las medidas necesarias de adaptación a esta nueva realidad social.

El Derecho del Trabajo siempre «ha dedicado alguna atención a la conciliación de la vida laboral y las responsabilidades familiares, pero inicialmente desde la perspectiva de la protección de la mujer embarazada, e indirectamente del gestante y del lactante»¹⁸. Este enfoque ha tratado de ir corrigiéndose posteriormente con la finalidad de dar paso a un modelo más objetivo y preocupado por la protección familiar igual para hombres y mujeres. En una normativa cada vez más orientada hacia la igualdad de oportunidades y la eliminación de todo tipo de medidas aparentemente protectoras, pero en realidad obstaculizadoras, del acceso al empleo por parte de las mujeres, la única excepción admisible la constituyen las normas protectoras relativas al embarazo y la lactancia.

Durante muchos años se ha insistido exclusivamente en la necesidad de acabar con la discriminación por razón de sexo en el acceso y la continuidad en el empleo, de manera que la mayoría de las normas dictadas han ido encaminadas a conseguir la igualdad de oportunidades entre ambos sexos. Sin embargo, no se ha tenido en cuenta que las diferencias por razón de sexo en el empleo son en realidad un reflejo del distinto papel que hombres y mujeres asumen en el seno de la familia. Así, es una realidad constatada que, paralelamente a la incorporación de la mujer al mundo laboral, se ha producido un aumento del número de mujeres que se dedican simultáneamente al trabajo dentro y fuera del hogar. La incorporación de la mujer a la actividad laboral no ha implicado una reorganización sustantiva de las tareas domésticas. Éstas siguen recayendo con gran frecuencia en las mujeres, pues si bien se ha producido un incremento de la participación masculina, la misma sigue teniendo un carácter minoritario. Las responsabilidades familiares, y, sobre todo, la maternidad, constituyen, por tanto, un obstáculo para la integración y permanencia de la mujer en el trabajo. Con la finalidad de acabar con dicha situación vienen instrumentándose en los últimos años lo que se han denominado medidas para conciliar la vida familiar y laboral. En efecto, el legislador ha intentado no sólo establecer medidas que se consideran necesarias en la búsqueda de la igualdad de oportunidades en el trabajo, sino también de adoptar medidas dirigidas, por un lado, a la consecución de una distribución más justa entre mujeres y hombres de sus responsabilidades familiares y, por otro, a hacer compa-

¹⁸ M. RODRÍGUEZ PIÑERO, «La conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras (I)», *Relaciones Laborales*, 1999-II, p. 26.

tible el trabajo con el cuidado de la familia. Es cierto, como se ha señalado por la doctrina, que «no es misión de los poderes públicos —al menos en nuestro ordenamiento jurídico— establecer (y mucho menos imponer) modelos determinados de convivencia familiar o “políticas de familia” concretas. La organización de la familia pertenece al terreno de la privacidad de los individuos»¹⁹. Pero, partiendo de esta realidad, no es menos cierto que los poderes públicos deben tratar de eliminar al máximo todos los obstáculos o dificultades que afectan directamente a la familia, para que dentro del ámbito privado de cada una de ellas existan verdaderas posibilidades de elección. El legislador debe sentar las bases para que el reequilibrio en el reparto de responsabilidades pueda ser efectivo y para que pueda compatibilizarse el tiempo de trabajo y el tiempo de atención a la familia.

Este enfoque en el tratamiento de la conciliación de la vida familiar y laboral puede apreciarse con claridad a nivel comunitario a partir de la publicación de la Directiva 96/34/CE del Consejo, de 3 de junio, relativa al Acuerdo marco sobre permiso parental celebrado por la UNICE, el CEEP y la CES, que constituye la primera muestra de un enfoque integrador de la maternidad-paternidad y las responsabilidades familiares. Como se ha señalado por la doctrina, esta Directiva supone el tránsito de «una mera política laboral y de protección social a una política familiar»²⁰, que tuvo su reflejo a nivel nacional con la publicación de la Ley 39/1999, de 5 de noviembre, de Conciliación de la Vida Personal, Familiar y Laboral de las Personas Trabajadoras (en adelante, LCVFL). Esta norma vino a configurar un nuevo marco de apoyo a las familias y por primera vez ofreció un enfoque global e integrado de la conciliación de la vida familiar y laboral. La LCVFL trató de configurar «un nuevo modo de cooperación y compromiso entre mujeres y hombres que permita un reparto equilibrado de responsabilidades en la vida profesional y en la privada» (Exposición de Motivos de la LCVFL)²¹.

La Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (en adelante, LOI), constituye un nuevo hito en esta materia. Las políticas de conciliación de la vida familiar y laboral guardan una indudable relación con el principio de igualdad, de ahí que la

¹⁹ R. MARTÍN JIMÉNEZ, «Disposiciones “extravagantes” y otras cuestiones reguladas en la Ley 39/1999», *Aranzadi Social*, núm. 20, 2000, p. 112.

²⁰ M. RODRÍGUEZ PIÑERO, «La conciliación de la vida familiar y laboral...», *op. cit.*, p. 30.

²¹ Sobre las novedades introducidas por la LCVFL, *vid.*, entre otros, M. A. BALLES-TER PASTOR, *La Ley 39/1999, de conciliación de la vida familiar y laboral*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2000; J. CRUZ VILLALÓN, «El fomento de la integración plena y estable de la mujer en el trabajo asalariado», *RMTAS*, número extraordinario, 1999.

LOI preste una especial atención a las mismas. Los objetivos perseguidos por el principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres y por los llamados en el art. 44 LOI «derechos de conciliación de la vida familiar y laboral» no son coincidentes, pero éstos constituyen en la práctica una técnica indirecta para la consecución del principio de igualdad, lo que justifica su tratamiento en una norma que trata de promover la igualdad real de mujeres y hombres. En efecto, el principio de igualdad de trato entre mujeres y hombres supone la ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, por razón de sexo y, especialmente, las derivadas de la maternidad, la asunción de obligaciones familiares y el estado civil (art. 1 LOI). Los derechos de conciliación de la vida familiar y laboral, por su parte, tienen como objetivo directo proteger los intereses familiares, pero como sexo femenino y responsabilidades familiares son factores que suelen ir unidos, pues la práctica social demuestra que el cuidado de la familia recae preferentemente sobre las mujeres, todas las medidas que permiten a los trabajadores compatibilizar su trabajo con el cuidado de sus hijos o familiares indirectamente tienen una finalidad de promoción de la igualdad efectiva entre mujeres y hombres. La igualdad por razón de sexo «requiere de una reacción precisa del poder legislativo que, reparando en la desigualdad que de hecho sufren las mujeres, fomente el efectivo reequilibrio en el reparto de responsabilidades»²², y a ello responden las medidas de conciliación de la vida familiar y laboral.

Puede, por tanto, afirmarse que dos bienes jurídicos distintos tratan de proteger las medidas de conciliación de la vida familiar y laboral: por un lado, la familia y, por otro, la mujer, que requiere de una protección especial en atención a su condición biológica y al rol social que tradicionalmente se le ha asignado. En consecuencia, como ha afirmado el Tribunal Constitucional en su Sentencia 3/2007, de 15 de enero, en caso de conflicto, la dimensión constitucional de todas las medidas tendentes a facilitar la compatibilidad de la vida laboral y familiar de los trabajadores, «tanto desde la perspectiva del derecho a la no discriminación por razón de sexo (art. 14

²² A. V. SEMPERE NAVARRO, Y. CANO GALÁN, P. CHARRO BAENA y C. SANMARTÍN MAZZUCONI, *Políticas sociolaborales*, 3.ª ed., Madrid, Tecnos, 2005, p. 201. Como señala J. L. TORTUERO PLAZA, «la estrategia de *meisingtreeming* de género, que pretende la integración de la perspectiva de igualdad en todas las políticas normativas en oposición a la mera elaboración de proyectos destinados específicamente a las mujeres, sería insuficiente si no incorpora la problemática de la conciliación de la vida familiar y laboral, en la medida en que se ha demostrado que la concepción sectorial de las políticas de igualdad imprescindible antes y ahora no han logrado su objetivo final» (J. L. TORTUERO PLAZA, *50 Propuestas para racionalizar la maternidad y facilitar la conciliación laboral*, Madrid, Cuadernos Civitas, 2006, p. 35).

CE) de las mujeres trabajadoras como desde la del mandato de protección a la familia y a la infancia (art. 39 CE), ha de prevalecer y servir de orientación para la solución de cualquier duda interpretativa».

La LOI intenta aglutinar las distintas medidas o figuras jurídicas que permiten a los trabajadores compatibilizar el trabajo con la atención de sus intereses familiares en el término «derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral». En efecto, tal y como establece el art. 44.1 LOI, «los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral se reconocerán a los trabajadores y las trabajadoras en forma que fomenten la asunción equilibrada de las responsabilidades familiares, evitando toda discriminación basada en su ejercicio». Se insiste, por tanto, en la necesidad de que dichos derechos fomenten una mayor corresponsabilidad entre mujeres y hombres en la asunción de obligaciones familiares y en que su ejercicio no implique ningún tipo de discriminación para los trabajadores y trabajadoras. Estos derechos también se reconocen en el ámbito de la función pública, pero en este caso el art. 56 LOI no insiste en la necesidad de fomentar el equilibrio en el reparto de las responsabilidades familiares, sino que se limita a señalar que la normativa aplicable al personal al servicio de la Administración Pública «establecerá un régimen de excedencias, reducciones de jornada, permisos u otros beneficios con el fin de proteger la maternidad y facilitar la conciliación de la vida personal, familiar y laboral».

Debe tenerse en cuenta que la LOI habla de «derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral», pero sin enumerar dichos derechos y partiendo del hecho consumado de que los mismos son ya conocidos. Sin embargo, no existe ninguna norma que contenga una enumeración de los que se consideran «derechos de conciliación», de manera que habrá que entender, como hemos señalado, que dichos derechos están integrados por todas aquellas figuras jurídicas que, desperdigadas a lo largo de una pluralidad de disposiciones, permiten a los trabajadores compatibilizar el trabajo con la atención de sus intereses familiares. Estos derechos incluyen, a nuestro juicio, no sólo los relacionados estrictamente con el cuidado de hijos, menores u otros familiares, sino también aquellos directamente vinculados con las situaciones de embarazo y parto, pues todos ellos tienen como finalidad la protección de la familia y de la mujer, tanto desde el punto de vista de la consecución de su igualdad real y efectiva con el hombre como desde el punto de vista de la necesidad de proteger su condición biológica. Asimismo, debe tenerse en cuenta que aun cuando la LOI habla de «derechos de conciliación de la vida familiar y laboral», éstos no se incluyen entre los derechos básicos que tienen los trabajadores de acuerdo con el art. 4.1 ET.

Como reiteradamente se ha puesto de manifiesto, las estadísticas demuestran que a pesar de los avances que han tenido lugar en los últimos años en materia de conciliación de la vida personal, familiar y laboral, especialmente tras la entrada en vigor de la citada LCVFL, son las mujeres las que siguen haciendo uso principalmente de las licencias parentales que concede la ley, de ahí que el gran reto al que se enfrenta la LOI sea el fomento de una nueva cultura de corresponsabilidad. Así, por ejemplo, según datos del Instituto Nacional de la Seguridad Social, en el año 2005 el 98,24 por 100 de los permisos por maternidad y el 95,23 por 100 de las excedencias por cuidado de hijos, fueron solicitados por mujeres. Estos datos muestran con claridad que la introducción de medidas «en orden a permitir una más fácil conjunción entre las responsabilidades familiares y profesionales, aunque formalmente se presenten como neutras»²³, en la práctica no lo son, pues son utilizadas, como acabamos de señalar, prevalentemente por la mujer, de manera que sigue siendo ésta quien asume el grueso fundamental de responsabilidades familiares. La mujer se convierte, en definitiva, en la destinataria fáctica de las distintas medidas conciliatorias²⁴. Esto exige, lógicamente, un cambio en la mentalidad social, y dicho cambio trata de ser fomentado por la LOI fundamentalmente a través del reconocimiento a los padres del derecho a un permiso y una prestación por paternidad. La creación de este nuevo derecho, como ha señalado el CES, constituye un primer paso para la extensión de la cultura de la corresponsabilidad de ambos progenitores en el cuidado de los hijos, fomentando que el ejercicio de la conciliación de la vida laboral y familiar sea asumido por ambos sexos. Se trata, por tanto, de que este permiso acerque las posiciones del padre y de la madre en el cuidado de los hijos y que este acercamiento provoque un cambio en el comportamiento empresarial. En definitiva, nos encontramos ante un «derecho de conciliación» que pretende contribuir a forzar el cambio de roles y estereotipos en términos de corresponsabilidad. Sin embargo, a nuestro juicio, esta medida puede contribuir a largo plazo a dicho cambio, pero a corto plazo difícilmente va a dar lugar a resultados apreciables al configurarse como un derecho que voluntariamente puede ejercer el trabajador, como más

²³ J. CRUZ VILLALÓN, «El fomento de la integración plena y estable de la mujer en el trabajo asalariado (comentario a la Ley para promover la conciliación de la vida familiar y laboral de las personas trabajadoras)», *RMTAS*, número especial, 1999, p. 74.

²⁴ Vid. M.^a C. LÓPEZ ANIORTE, «El lento proceso de extensión a los varones de las medidas conciliatorias», en C. SÁNCHEZ TRIGUEROS (dir.), *La presencia femenina en el mundo laboral: metas y realidades*, Navarra, Thomson-Aranzadi, 2006, p. 105.

adelante se expone. Podemos así afirmar que es una medida que surtirá mayores efectos entre las generaciones futuras y que sin duda va a jugar un papel esencial en el cambio de roles necesario para que los padres asuman un mayor protagonismo en el cuidado y atención de los hijos. Por otro lado, debe tenerse en cuenta que la LOI, con el objetivo de conseguir esa ansiada corresponsabilidad entre mujeres y hombres, sólo introduce reformas que afectan a la relación laboral propiamente dicha, pero no complementa dichas reformas con una política más amplia que aborde el conjunto del problema desde otras perspectivas (por ejemplo, servicios de guardería, etc.). Es decir, en coherencia con la finalidad perseguida por la Ley, se aborda el problema de la conciliación de la vida personal, familiar y laboral desde la óptica de la discriminación por razón de sexo y no desde la perspectiva más amplia de lo que podríamos denominar, como en otros países de la Unión Europea, política familiar²⁵.

La LOI introduce numerosas reformas en la legislación sustantiva, procesal y de Seguridad Social, así como en la normativa funcionarial, para asegurar la mejor conciliación entre el trabajo y la familia de los trabajadores y trabajadoras, y conseguir una participación equilibrada de hombres y mujeres en la actividad profesional y en la vida familiar. Estas reformas responden a las pautas que han guiado la evolución de los derechos de conciliación de la vida personal, familiar y laboral desde sus orígenes, y que, como ha señalado la doctrina, son, a grandes rasgos, las siguientes²⁶: creación de nueva figuras jurídicas, mejora del contenido de esos derechos, introducción de mayor flexibilidad en el ejercicio de los derechos, establecimiento de medidas que aminoran los costes empresariales derivados del ejercicio de los derechos de conciliación y reforma simultánea de la normativa aplicable a los trabajadores asalariados y a los funcionarios públicos. La LOI, por tanto, continúa y afianza el camino que desde hace ya algunos años viene siguiendo el legislador en esta materia.

B) Las parejas de hecho

Son muchas las transformaciones que la familia viene experimentando en los últimos años, gran parte de ellas «relacionadas íntimamente con el

²⁵ En este sentido *vid.* G. MEIL LANDWERLIN, «Cambio familiar y política de conciliación de la vida familiar y vida laboral en España», *RMTAS*, número especial, 1999, pp. 27-36.

²⁶ A. R. ARGÜELLES BLANCO, C. MARTÍNEZ MORENO y P. MENÉNDEZ SEBASTIÁN, *Igualdad de oportunidades y responsabilidades familiares*, Madrid, CES, 2004, pp. 32-34.

ejercicio del derecho que consagra el art. 32 CE a propósito del “matrimonio legítimo”»²⁷. En este aspecto la realidad social muestra una importante evolución en el modo de conformar y reconocer los diversos modelos de convivencia, de manera que cada vez son más las personas que deciden realizar la vida en común de pareja al margen del matrimonio²⁸. Como ya hemos señalado, no es una cuestión pacífica el determinar si las uniones de hecho entran dentro del concepto de familia que debe ser protegida por los poderes públicos de conformidad con el art. 39.1 CE. Pero al margen de esa discusión, es una realidad incuestionable el que esta forma de convivencia familiar, cada vez más extendida, exige la necesaria atención por parte del legislador. Como en otras materias, las Comunidades Autónomas se han adelantado al legislador estatal y, en la actualidad, doce Comunidades Autónomas han aprobado leyes que regulan el régimen jurídico de las personas que deciden constituirse en parejas de hecho: la Comunidad Autónoma del País Vasco, por Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho; la Comunidad Autónoma de Andalucía, por Ley 5/2002, de 16 de diciembre, de parejas de hecho; la Comunidad Autónoma de Madrid, por Ley 11/2001, de 19 de diciembre, de uniones de hecho; la Comunidad Autónoma de Cataluña, por Ley 10/1998, de 15 de julio, de uniones estables; la Comunidad Autónoma de Aragón, por Ley 6/1999, de 16 de marzo, de parejas estables no casadas; la Comunidad Autónoma de Navarra, por Ley 6/2000, de 3 de julio, de parejas estables; la Comunidad Autónoma de Valencia, por Ley 1/2001, de 6 de abril, de convivencia y uniones de hecho; la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, por Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de parejas estables; el Principado de Asturias, por Ley 4/2002, de 23 de mayo, de parejas estables; la Comunidad Autónoma de Canarias, por Ley 5/2003, de 6 de marzo; la Comunidad Autónoma de Extremadura, por Ley 5/2003, de 20 de marzo, de parejas de hecho; la Comunidad Autónoma de Cantabria, por Ley 1/2005, de 16 de mayo, de parejas de hecho. La finalidad de todas estas Leyes es extender a las parejas de hecho los beneficios que el ordenamiento jurídico autonómico en su conjunto venía confiriendo a las uniones matrimoniales.

²⁷ J. MARTÍNEZ GIRÓN, «Nuevas formas de familia y Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social», en E. BORRAJO DACRUZ (dir.), *Nueva Sociedad y Derecho del Trabajo*, Madrid, La Ley, 2004, p. 5.

²⁸ En relación con el matrimonio no debe olvidarse que de conformidad con la disposición adicional primera de la Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, las disposiciones legales y reglamentarias que contengan alguna referencia al matrimonio se entenderán aplicables con independencia del sexo de sus integrantes.

Desde el punto de vista del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social son varios los supuestos en los que se manifiesta la trascendencia que tiene el vínculo matrimonial. Entre ellos, y sin ánimo exhaustivo, podemos destacar los siguientes:

— La exclusión del ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo de los trabajos familiares [art. 1.3.e) ET]. Recuérdesse que, según dicho precepto, se considerarán familiares, siempre que convivan con el empresario, el cónyuge, los descendientes, ascendientes y demás parientes por consanguinidad o afinidad, hasta el segundo grado inclusive.

— El derecho a disfrutar de un permiso retribuido de dos días por el fallecimiento, accidente o enfermedad graves, hospitalización o intervención quirúrgica sin hospitalización que precise reposo domiciliario de parientes hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad [art. 37.3.b) ET]. Téngase en cuenta que el parentesco se puede definir «como la cualidad recíprocamente atribuida a dos personas ligadas entre sí por la existencia de un ascendiente común o por el matrimonio de alguno de los miembros de una familia con el de otra»²⁹. Así, el parentesco por afinidad es el que se establece entre un cónyuge y los parientes por consanguinidad del otro, luego si no hay matrimonio no hay parientes por afinidad y no se tiene derecho a los permisos señalados.

— El derecho a disfrutar de un permiso de quince día por matrimonio [art. 37.3.a) ET]. En los casos en los que no exista matrimonio y, por el contrario, exista inscripción como unión de hecho en el Registro correspondiente de las Comunidades Autónomas, los trabajadores no tendrán derecho al permiso señalado.

— El derecho que asiste a los matrimonios que trabajan en la misma empresa en el supuesto de movilidad geográfica. En concreto, según establece el art. 40.1 ET, si por traslado uno de los cónyuges cambia de residencia, el otro, si fuera trabajador de la misma empresa, tendrá derecho al traslado a la misma localidad, si hubiera puesto de trabajo.

— El derecho a disfrutar de una excedencia por cuidado de familiares (art. 46.3 ET). De nuevo aquí, como en el supuesto de los permisos, se concede este derecho a los trabajadores para atender al cuidado de un familiar hasta el segundo grado de consanguinidad o afinidad. Al no haber matrimonio no hay parentesco y, por tanto, las parejas de hecho no tienen

²⁹ L. DÍEZ PICAZO y A. GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, vol. 4, 6.^a ed., Madrid, Ederesa, 1992, p. 45.

derecho a solicitar una excedencia para el cuidado de parientes por consanguinidad de su pareja.

— La exclusión del cónyuge, salvo prueba en contrario, como trabajador por cuenta ajena a los efectos de su inclusión en el ámbito de aplicación del sistema de Seguridad Social (art. 7.2 LGSS).

— La concesión de la prestación de asistencia social al cónyuge (art. 55 LGSS).

— La incidencia que la unidad económica de convivencia tiene a la hora de determinar el derecho al cobro de las pensiones de invalidez y jubilación en su modalidad no contributiva (arts. 144.1 y 167 LGSS). Según establece el art. 144.4 LGSS, existirá unidad económica en todos los casos de convivencia de un beneficiario con otras personas, sean o no beneficiarios, unidas con aquél por matrimonio o por lazos de parentesco de consanguinidad hasta el segundo grado.

— La trascendencia que el vínculo conyugal tiene para acceder al cobro de la pensión de viudedad (art. 174 LGSS), a pesar de las modificaciones que esta prestación ha sufrido tras la aprobación de la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social.

— La trascendencia que también tiene el vínculo conyugal en tres aspectos concretos de la pensión de orfandad. En primer lugar, según establece el art. 9.3 del RD 1647/1997, de 31 de octubre, tendrán derecho a la pensión de orfandad los hijos, cualquiera que sea la naturaleza legal de su filiación, que el cónyuge supérstite hubiese llevado al matrimonio cuando se cumplan las condiciones legalmente exigidas por dicho precepto. Por tanto, si se trata de una pareja de hecho, los hijos del miembro de la pareja supérstite no tendrán derecho al cobro de la pensión de orfandad. En segundo lugar, la pensión de orfandad de beneficiarios menores de dieciocho años o que tengan reducida su capacidad de trabajo en un porcentaje valorado en un grado de incapacidad permanente absoluta o gran invalidez será compatible con cualquier renta de trabajo del cónyuge superviviente (art. 10.1 del RD 1647/1997). Y en tercer lugar, la trascendencia del matrimonio en la pensión de orfandad se aprecia en el supuesto regulado en el art. 21.1.d) de la OM de 13 de febrero de 1967, según el cual la pensión de orfandad se extinguirá por contraer matrimonio el beneficiario salvo que esté afectado por una incapacidad permanente absoluta o gran invalidez. En este caso, ciertamente, el vínculo matrimonial no favorece al beneficiario de la pensión de orfandad.

— En el caso de muerte por accidente de trabajo o enfermedad profesional el cónyuge superviviente tendrá derecho a una indemnización a tanto alzado (art. 177 LGSS).

— En relación con las prestaciones a favor de familiares (art. 176 LGSS), el matrimonio actúa como factor a tener en cuenta para la no concesión de la prestación. Así, el art. 176.2 LGSS reconoce el derecho a pensión de los hijos y hermanos de beneficiarios de prestaciones contributivas de jubilación e invalidez que hayan convivido con el causante y a su cargo, acrediten dedicación prolongada al cuidado del mismo, sean mayores de cuarenta y cinco años, y carezcan de medios propios de vida, siempre y cuando su estado civil sea el de solteros, divorciados o viudos. Asimismo, según establece el art. 24 de la Orden de 13 de febrero de 1967, el matrimonio constituye una de las causas de extinción de las pensiones a favor de familiares.

— El derecho al cobro del subsidio por desempleo se condiciona en determinados supuestos a la existencia de responsabilidades familiares. Según establece el art. 215.2 LGSS, se entenderá por responsabilidades familiares tener a cargo al cónyuge, no, por tanto, a la pareja de hecho.

— La cuantía de las pensiones mínimas, fijadas cada año en la Ley de Presupuestos Generales del Estado, varía también en función de que el beneficiario tenga o no cónyuge a cargo, así como la cuantía de los complementos por mínimos de las pensiones contributivas.

— Por último, las uniones de hecho son ignoradas al determinar el campo de aplicación del Régimen Especial de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta propia o autónomos. Así, según la disposición adicional vigésimoséptima de la LGSS, se presumirá, salvo prueba en contrario, que el trabajador posee el control efectivo de la sociedad cuando al menos la mitad del capital de la sociedad para la que preste sus servicios esté distribuido entre socios con los que conviva y a quienes se encuentre unido por vínculo conyugal o de parentesco, por consaguinidad, afinidad o adopción, hasta el segundo grado.

Son, por tanto, muy variados los supuestos en los que el matrimonio es tenido en cuenta por la legislación laboral y de Seguridad Social. En relación con los derechos propiamente laborales, no hay duda que su no reconocimiento a las parejas de hecho supone un perjuicio para ellas que algunos convenios colectivos poco a poco están intentando remediar, especialmente en materia de permisos. Ahora bien, en relación con las prestaciones de Seguridad Social la situación es diferente por dos motivos principalmente. En primer lugar, porque el hecho de que no se tenga en cuenta a las parejas de hecho no siempre supone un trato perjudicial o discriminatorio para ellas, sino que en ocasiones esa situación les favo-

rece³⁰. Y en segundo lugar, porque el legislador estatal ha comenzado a modernizar el sistema de Seguridad Social al abordar las situaciones creadas por las nuevas realidades familiares en relación con la pensión de viudedad. En efecto, la Ley 40/2007, de 4 de diciembre, de medidas en materia de Seguridad Social, ha modificado notablemente la pensión de viudedad y ha reconocido como posibles beneficiarios de la misma a las parejas de hecho que, además de los requisitos establecidos para las situaciones de matrimonio, acrediten una convivencia estable y notoria durante al menos cinco años, así como dependencia económica del conviviente sobreviviente en un porcentaje variable en función de la existencia o no de hijos comunes con derecho a pensión de orfandad. A pesar de que no se aprueba una plena equiparación entre las parejas matrimoniales y las parejas de hecho, el paso dado por el legislador es importante y abre el camino al reconocimiento, en el ámbito del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, de esta nueva realidad familiar.

IV. LA PROTECCIÓN DE LAS FAMILIAS ESPECIALMENTE NECESITADAS DE TUTELA: LAS FAMILIAS NUMEROSAS

Si los poderes públicos protegen a la familia, esa protección debe resultar más intensa en el supuesto de familias que se consideran objetivamente más necesitadas de protección. Entre esas familias han sido tradicionalmente las familias numerosas las que se han considerado necesitadas de una mayor tutela como consecuencia del mayor coste que representa para ellas el cuidado y educación de los hijos. Las familias numerosas han contado con una protección obsoleta hasta el año 2003, lo que demuestra el escaso interés que el legislador ha mostrado durante muchos años por la institución familiar. Hasta la aprobación de la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de Protección a las Familias Numerosas, su protección se encontraba en la Ley 25/1971, de 19 de junio, desarrollada reglamentariamente por el Decreto 3140/1971, de 23 de diciembre. Como tuvo ocasión de señalar el CES

³⁰ Como señala E. LÓPEZ TERRADA, *Uniones matrimoniales y uniones de hecho*, op. cit., p. 130, así ocurría «en el caso de la extinción de la pensión de viudedad y así sucede en el caso de la presunción del art. 7.2 LGSS, en materia de extinción de la pensión de orfandad, y en relación con la posibilidad de acceder a las prestaciones a favor de familiares. Además, en múltiples situaciones, la exclusión de las uniones de hecho del concepto de responsabilidades familiares en el subsidio de desempleo y de la definición de la unidad económica de convivencia en las pensiones no contributivas, puede beneficiar a los que han optado por no contraer matrimonio».

en su Dictamen sobre el proyecto de Real Decreto por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, las transformaciones producidas desde entonces por la realidad social y económica habían provocado que muchos de sus conceptos, procedentes de una etapa preconstitucional, hubieran quedado obsoletos y los beneficios previstos en desuso.

Pese a que la Ley fue objeto de distintas modificaciones, existía un amplio consenso sobre la pérdida de su vigencia por inadecuación al actual marco regulador de diversas materias que la misma contemplaba. En este sentido, el Plan Integral de Apoyo a la Familia 2001-2004, aprobado por Acuerdo del Consejo de Ministros de 8 de noviembre de 2001, al que anteriormente hemos hecho referencia, contempló la elaboración de una nueva ley de protección a las familias numerosas, teniendo en cuenta las conclusiones de la ponencia constituida en la Comisión de Trabajo y Asuntos Sociales del Senado con el fin de analizar la situación de las familias numerosas en España. En este contexto se aprueba la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de Protección a las Familias Numerosas, desarrollada por el RD 1621/2005, de 30 de diciembre. En todo caso, conviene tener en cuenta que de nuevo en esta materia, como en otras muchas, las Comunidades Autónomas se han adelantado a la actualización que de la protección de este colectivo llevó a cabo el legislador estatal con dicha Ley, pues las Comunidades Autónomas, en el ejercicio de sus competencias, han ido estableciendo diferentes medidas de apoyo a las familias numerosas ya sea en legislación específica o en el marco de sus propios Planes Integrales de Apoyo a la Familia.

Una de las principales novedades de la nueva Ley de Protección de las Familias Numerosas radica en el propio concepto de familia numerosa. En efecto, la Ley ha ampliado notablemente el círculo de sujetos protegidos bajo el concepto de familia numerosa, «hasta el punto de que buena parte de los supuestos que engloba dicho concepto guardan más relación con la concurrencia de criterios cualitativos o de necesidades especiales que con el tamaño de la familia en sí»³¹. En gran medida ello ya venía siendo así en la Ley 25/1971, de 19 de junio, tras las reformas por las que la misma atravesó, especialmente tras la modificación del concepto de familia numerosa que llevó a cabo la Ley 42/1994, de 30 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social³². Así, el concepto de familia numero-

³¹ Dictamen del CES sobre el Proyecto de RD por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 40/2003, de 18 de noviembre, de Protección a las Familias Numerosas.

³² Según el art. 5 de la Ley 25/1971, de 19 de junio, se considerará familia numerosa la que, reuniendo las demás condiciones que se señalan en esta Ley, esté constituida por:

sa no hace sólo alusión a un criterio cuantitativo centrado en el número de miembros de la familia, sino a un criterio que podríamos denominar «cualitativo» porque se tiene en cuenta no sólo el número de miembros de la unidad familiar, sino la situación de especial necesidad en la que se pueden encontrar sus miembros (por ejemplo, familias en las que alguno de sus miembros tiene la condición de discapacitado, supuestos en los que no conviven todos los integrantes de la familia o familias cuya especificidad resulta de la condición de huérfanos de sus miembros). El concepto de familia numerosa, de este modo, es mucho más amplio de lo que parece derivar de su denominación y podríamos decir que engloba a las familias con necesidades especiales. La novedad, por tanto, introducida por la Ley 40/2003 en el concepto de familia numerosa, es la de incluir en ese concepto nuevas situaciones familiares que hasta entonces no se habían tenido en cuenta con la finalidad de ajustar la norma a la realidad social de nuestros días. Se incluyen, así, nuevas situaciones familiares, como supuestos de monoparentalidad, ya sean de origen, ya sean derivados de una ruptura de una relación matrimonial por separación, divorcio o fallecimiento de uno de los progenitores, o familias reconstituidas tras procesos de divorcio, y se introduce una equiparación plena entre las distintas formas de filiación y los supuestos de acogimiento o tutela³³.

Por lo que se refiere a la acción protectora a las familias numerosas ésta comprende diferentes tipos de beneficios: sociales, en materia de actividades y servicios públicos o de interés general, en materia de vivienda y en materia tributaria. Desde el punto de vista del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, la Ley 40/2003 reconoce a las familias numerosas una bonificación en la cotización por la contratación de cui-

a) el cabeza de familia, su cónyuge y tres o más hijos; *b)* el cabeza de familia, su cónyuge, si lo hubiere, y dos hijos, siempre que, al menos uno de éstos, sea minusválido o incapacitado para el trabajo; *c)* el cabeza de familia en situaciones de viudedad, de separación matrimonial legal o hecho, en la forma y condiciones que reglamentariamente se establezcan, y, en cualquiera de estos supuestos, tres hijos; *d)* el cabeza de familia, su cónyuge, si lo hubiere, cuando alguno de ellos tuviera incapacidad absoluta para todo trabajo, concurriendo tres hijos; *e)* el cabeza de familia y su cónyuge, cuando ambos fueran minusválidos o tuvieran incapacidad absoluta para todo trabajo, concurriendo dos hijos; *f)* el cabeza de familia, su cónyuge, si lo hubiere, y dos hijos, siempre que éstos sean minusválidos o incapacitados para el trabajo.

³³ Por ejemplo, se incluyen entre los nuevos supuestos que pueden dar lugar al reconocimiento de la condición de familia numerosa a las familias formadas por el padre o la madre separados o divorciados con tres o más hijos, aunque no exista convivencia, siempre que dependan económicamente de quien solicite tal reconocimiento, y también a las familias constituidas por dos o más hermanos huérfanos de padre y madre sometidos a tutela, acogimiento o guarda que convivan con el tutor, acogedor o guardador, pero no se hallen a sus expensas (art. 2.2 de la Ley 40/2003)-

dadadores, incrementa el límite de recursos económicos para tener derecho a las asignaciones económicas por hijo a cargo y amplía el periodo considerado como de cotización efectiva y el periodo de reserva del puesto de trabajo en los supuestos de excedencia por cuidado de hijos. No se trata, por tanto, sólo de conceder beneficios meramente económicos a las familias numerosas, sino también de intentar facilitar la conciliación de la vida personal, familiar y laboral de sus miembros ampliando el periodo de excedencia por cuidado de hijos.

La Ley 40/2003 es, como puede comprobarse, un claro ejemplo de adaptación de la norma a la realidad social, con independencia de cuál sea la opinión que se mantenga acerca de si la protección que se dispensa es o no suficiente desde el punto de vista social. El Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, al igual que otras ramas del ordenamiento jurídico, especialmente el Derecho civil, debe hacer frente a las transformaciones que ha sufrido el modelo tradicional de familia, y ésta es precisamente la finalidad de la mayoría de las normas que en los últimos años se han dictado con el fin de proteger a la familia; entre otras, basta recordar la comentada Ley de Protección a las Familias Numerosas; la Ley de Conciliación de la Vida Personal, Familiar y Laboral, junto con las reformas que en materia de conciliación ha introducido la Ley Orgánica para la Igualdad Efectiva de Mujeres y Hombres, o la reforma de la pensión de viudedad por la Ley 40/2007, de 4 de diciembre.

Como afirmó el maestro Alonso Olea³⁴ con su lucidez de siempre, es claro que si la realidad social que se pretende regular u ordenar está en continuo cambio, el Derecho objetivo «aunque no puede pretender acompañarla en todas sus inflexiones, porque si lo hiciera correría el riesgo de hundirse en el arbitrio, tampoco puede permanecer estático, so pena de convertirse en un caparazón vetusto que disimula y oprime las realidades jurídicas». Así, la protección que tradicionalmente ha venido recibiendo la familia necesita en la actualidad de un proceso de adaptación para dar cabida a las nuevas realidades familiares que han ido surgiendo, y ante estas circunstancias el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social debe aportar soluciones acordes con la realidad social del tiempo en que vivimos.

³⁴ M. ALONSO OLEA, *El dinamismo de la Seguridad Social*, Escuela Social de Murcia, 1971, p. 10.