

EL IMPACTO DE GÉNERO EN LA REFORMA DEL SISTEMA DE PENSIONES: ESPECIAL REFERENCIA A LAS CLÁUSULAS DE JUBILACIÓN FORZOSA PARA COADYUVAR A SUPERAR LA SEGREGACIÓN OCUPACIONAL POR RAZONES DE GÉNERO

Nancy Sirvent Hernández
Catedrática EU de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social
Universidad de Alicante

El hecho de que ciertas actividades sean desarrolladas casi exclusivamente por mujeres, en condiciones generalmente precarias, incide en la brecha pensional, no sólo desde el punto de vista de su cuantía sino también en el acceso a la prestación. De ahí que en tanto no sean erradicados ciertos mercados laborales sumamente segregados, resulte necesario abordar reformas urgentes en el plano de la Seguridad Social. De lo contrario, se corre el grave riesgo de que las mujeres, durante su jubilación, caigan en la pobreza viéndose acentuado además este problema como consecuencia de la mayor esperanza de vida que presentan estas últimas.

Hasta ahora los pasos dados en esta dirección han resultado escasos. En este sentido, la Ley 21/2021, de 28 de diciembre, de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera del sistema público de pensiones, cuya entrada en vigor tuvo lugar el pasado 1 de enero no constituye una excepción, ya que no atiende de manera suficiente a este problema dejando a un lado factores ocupacionales relacionados con la mujer que suelen redundar en que éstas presenten mayores obstáculos que los hombres a la hora de prolongar su vida laboral. Al igual que sucediera con la reforma laboral aprobada tan sólo un día antes, la norma es fruto del diálogo social. Se encuentra en línea con la última revisión del Pacto de Toledo (que dio lugar al Informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo, aprobado el 19 de noviembre de 2020 por el Congreso de los Diputados), y con el Plan de recuperación, transformación y resiliencia que ha de orientar la aplicación de los fondos europeos hasta 2023 (componente 30).

Ante el cuestionamiento de la viabilidad del sistema de Seguridad Social en las últimas décadas y, particularmente, del sistema de pensiones, y la desconfianza que este debate genera en la sociedad, la Ley pretende transmitir un mensaje de seguridad y de compromiso por parte de los poderes públicos garantizando el mantenimiento del poder adquisitivo de los pensionistas mediante la incorporación de un criterio de revalorización ligado a la evolución de la inflación (el denominado mecanismo de equidad intergeneracional, a cuyo través se prevé una cotización adicional finalista durante un período de diez años -hasta 2032- del 0'6%, tanto para los trabajadores como para las empresas), al tiempo que trata de avanzar en el reforzamiento financiero del sistema

(pasando a asumir el Estado determinados gastos de naturaleza no contributiva), y dar respuesta al importante desafío que va a suponer la jubilación de las cohortes del <<baby boom>>.

Centrada especialmente en esta última cuestión, la norma recoge un primer paquete de medidas dirigidas a contener el sustancial incremento de gastos que va a llevar aparejada dicha eventualidad consistente básicamente en el reconocimiento de diversos incentivos que favorecen la demora en el acceso a la pensión de jubilación, y mejorando también algunos aspectos puntuales del régimen jurídico hasta ahora vigente. De manera singular, cabe destacar la incorporación de dos medidas puntuales que tratan de avanzar en la consecución de la igualdad material entre hombres y mujeres, y de poner fin a la segregación ocupacional por razones de género. Así, por un lado, se incluye el cómputo del período de prestación del servicio social femenino obligatorio (con el límite máximo de un año) a efectos de acreditar el período mínimo de cotización exigible para poder anticipar el cobro de la pensión de jubilación; y, por otro lado, se introduce una medida que atañe a la implementación de las cláusulas de jubilación forzosa establecidas en los convenios colectivos cuando alguna de las actividades económicas concernientes al ámbito funcional del convenio presente índices de subrepresentación femenina, posibilitando el retiro forzoso a la edad de 67 años a cambio de garantizar que la extinción producida por esta vía lleve aparejada la contratación por tiempo indefinido y a tiempo completo de, al menos, una mujer en la actividad correspondiente.

Con el fin de alinear progresivamente la edad real de jubilación con la edad legal se da nueva redacción a los artículos 207 y 208 LGSS relativos a la jubilación anticipada (voluntaria y por causas no imputables al trabajador), revisando los coeficientes reductores hasta ahora vigentes al objeto de retrasar al máximo el acceso a la pensión de jubilación, y estableciendo un tratamiento diferenciado en atención a las carreras de cotización para favorecer aquellas carreras que resulten más dilatadas. En el plano específico de la jubilación anticipada involuntaria se introducen mejoras del régimen jurídico aplicable ampliándose el listado de causas de extinción contractual que permiten el acceso a esta modalidad de jubilación.

La norma subsana lo que seguramente fue un olvido del legislador. En este sentido, de conformidad con la doctrina sentada por el TS (STS 338/2020, de 6 de febrero -RCUD número 3801/2017-), y asumida plenamente por el INSS (Criterio 3/2020, de 18 de febrero), considerando que el tiempo de prestación del servicio social obligatorio de la mujer debía ser computado a efectos de acreditar el período de carencia exigido para la jubilación anticipada (aplicando lo establecido en el artículo 208.1.b) LGSS respecto al servicio militar obligatorio o prestación social sustitutoria), se incluye como novedad el servicio social femenino a fin de acreditar el período de cotización necesario para acceder a esta suerte de jubilación, tanto si la misma tiene lugar de forma voluntaria como por causa no imputable a la persona trabajadora. Se pone así fin a una inexplicable omisión que contrariaba un sinnúmero de disposiciones normativas de distinto rango: el artículo 4 de la Directiva 79/7, 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; artículo 14 CE; artículo 4 de la LO 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres; y artículo 2.1 LGSS.

La reforma operada en el ámbito de la jubilación anticipada revela que se ha tratado de poner el foco de atención en cuestiones financieras, dejando pasar la oportunidad para corregir ciertas deficiencias relacionadas con la dimensión de género, en particular, por lo que atañe al requisito exigido para poder generar el derecho a esta modalidad de jubilación consistente en que la prestación a recibir ha de ser al menos igual a la pensión mínima que correspondería a los 65 años. Habida cuenta la especial dificultad que pueden presentar algunos colectivos de mujeres para poder acreditar dicha condición, tal requisito podría considerarse discriminatorio. E idéntica apreciación cabe reseñar en cuanto a la relevancia que adquiere la vida laboral a fin de determinar los coeficientes reductores a aplicar en estos casos, pues si bien es cierto que la consideración de la carrera de seguro con el fin de perfilar la cuantía de los coeficientes reductores correspondientes resulta una medida equitativa en tanto en cuanto penaliza con menor intensidad a las personas que han accedido de forma más temprana al mercado laboral y han permanecido en activo durante más tiempo, este condicionante produce un efecto “perverso” cuando se aplica indistintamente a hombres y mujeres. Habida cuenta las carreras de cotización más cortas que suelen tener la mayoría de las mujeres, van a ser muy pocas las trabajadoras que en la práctica puedan beneficiarse de esta ventaja. En este sentido, podría haberse aprovechado la reforma para introducir una variable de género a la hora de concretar los requisitos exigibles para acceder a jubilaciones anticipadas, tanto en relación con la condición exigida en cuanto a que la prestación a recibir sea al menos igual a la pensión mínima que le correspondería a los 65 años, como al período de carencia; y de establecer los coeficientes reductores que se aplican en estos casos, que suelen premiar aquellas carreras de seguro más dilatadas. Ello afecta singularmente a determinadas ocupaciones muy feminizadas como ocurre con las trabajadoras del servicio doméstico, contratadas en su inmensa mayoría a tiempo parcial. En relación con el primer requisito la cuestión ya fue planteada en su día al TJUE mediante Auto de la Sala de lo Social del TSJ de Cataluña de fecha 12 de noviembre de 2019 (aunque el requisito es común a ambos tipos de jubilación anticipada, la consulta se elevó únicamente en relación con la voluntaria), concluyendo dicho Tribunal que este trato diferencial no vulnera lo dispuesto en el artículo 7 de la Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio, sobre la aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación, ni resulta discriminatorio pues “el requisito legal tiene por objeto preservar la situación financiera del sistema de seguridad social español y tiende a prolongar la vida activa de esas personas” (STJUE de 21 de enero de 2021 -C-843/2019-). No obstante, el propio Tribunal manifiesta en esta sentencia la necesidad de analizar el número de jubilados que perciben el complemento a mínimos, así como la desigual proporción existente entre hombres y mujeres, de manera que, si las estadísticas evidenciaran que el porcentaje de mujeres que perciben dicho complemento es considerablemente más elevado, cabría considerar que el precepto instituye una discriminación indirecta. Todo apunta, pues, a que el debate en torno a esta cuestión no se ha zanjado definitivamente y que seguirá siendo fuente de litigiosidad.

Dentro de los instrumentos destinados a fomentar la permanencia de los trabajadores en activo, la reforma incide en la adaptación y mejora de los incentivos hasta ahora existentes, principalmente en el ámbito de la jubilación postergada ampliando las opciones del trabajador que ya no se limitan, como hasta ahora, a la obtención de un porcentaje adicional de la pensión, sino también a la posibilidad de recibir una cantidad

a tanto alzado adicional por cada año completo de trabajo efectivo que se acredite con posterioridad al cumplimiento de la edad de jubilación, o a la combinación de ambas opciones. Sin embargo, el hecho de que la cantidad a tanto alzado que recoge la norma varíe en función de la carrera de seguro acreditada no va a favorecer a las mujeres que, por lo general, suelen presentar carreras de cotización más cortas.

Y otro tanto cabe señalar en cuanto a las novedades introducidas en materia de jubilación activa, donde tampoco se ha modulado, en función de dicho criterio, el requisito de cotización que resulta exigible para poder acceder al disfrute de la pensión de jubilación en compatibilidad con el trabajo por cuenta ajena o por cuenta propia desarrollado, que también presupone carreras de cotización muy extensas y, por ende, difícilmente alcanzables por un gran número de mujeres.

En línea con las medidas destinadas a fomentar la prolongación de la vida laboral, la reforma también incorpora cambios en el Estatuto de los Trabajadores en relación con el régimen jurídico previsto para las cláusulas de jubilación forzosa pactadas en los convenios colectivos, prohibiendo aquellas cláusulas que contemplen la jubilación forzosa del trabajador a una edad inferior a los sesenta y ocho años, e introduciendo una medida relevante de cara a paliar la brecha de género desde el punto de vista ocupacional. Se trata, en suma, de una habilitación legal para que los convenios colectivos puedan prever jubilaciones forzosas más allá de la edad prevista legalmente con el fin de dilatar al menos un año más la vida activa de los trabajadores y contribuir, de ese modo, a garantizar la sostenibilidad del sistema. Los convenios colectivos suscritos desde el 1 de enero de 2022 podrán contemplar este tipo de cláusulas que, como ya sucedía en la normativa anterior, supeditan la jubilación forzosa a que la persona trabajadora reúna los requisitos exigidos por la normativa de Seguridad Social para tener derecho al 100% de la pensión de jubilación (contributiva). En línea con lo que el Tribunal Constitucional ha venido manteniendo, la legitimación de este tipo de cláusulas queda supeditada a que sean utilizadas como instrumento para llevar a cabo políticas de empleo, definiéndose de manera más precisa las medidas a implementar en estos casos que deberán dirigirse necesariamente al relevo generacional mediante la contratación indefinida y a tiempo completo de, al menos, un nuevo trabajador o trabajadora.

Pero más allá de esta modificación, la nueva regulación incorpora una importante novedad dirigida a paliar la segregación ocupacional existente en determinados sectores económicos donde el empleo femenino se encuentra infrarrepresentado. De este modo, en relación con las cláusulas de jubilación forzosa previstas en los convenios colectivos, con el objetivo de alcanzar la igualdad real y efectiva entre mujeres y hombres coadyuvando a superar la segregación ocupacional por razones de género, la edad general prevista de 68 años podrá rebajarse hasta la edad ordinaria de jubilación fijada por la normativa de Seguridad Social cuando la tasa de ocupación de las mujeres trabajadoras por cuenta ajena afiliadas a la Seguridad Social en alguna de las actividades económicas correspondientes al ámbito funcional del convenio resulte inferior al 2% de las personas ocupadas en las mismas. A estos efectos, se clarifica que las actividades económicas que se tomarán como referencia para determinar el cumplimiento de esta condición estarán definidas por los códigos de la CNAE en vigor en cada momento incluidos en el ámbito del convenio aplicable según los datos facilitados al realizar su inscripción en el registro y depósito correspondiente, exigiéndose a la Administración de la Seguridad Social la

facilitación de los datos concernientes a la tasa de ocupación de las trabajadoras respecto de la totalidad de trabajadores por cuenta ajena en cada una de las CNAE correspondientes. La aplicación de este régimen excepcional queda condicionado al cumplimiento de ciertos requisitos: que la persona trabajadora afectada por la extinción del contrato de trabajo reúna los requisitos exigidos por la normativa de Seguridad Social para tener derecho al 100% de la pensión ordinaria de jubilación en su modalidad contributiva; que en el CNAE al que esté adscrita la persona afectada concorra una tasa de ocupación de empleadas inferior al 20% sobre el total de personas trabajadoras en la fecha de efectos de la decisión extintiva; y, lo que resulta más importante, que cada extinción contractual producida por esta vía lleve aparejada la contratación indefinida y a tiempo completo de, al menos, una mujer en la actividad económica correspondiente. La decisión extintiva deberá ser comunicada con carácter previo por la empresa a los representantes de los trabajadores y a la propia persona trabajadora afectada. Aun cuando no cabe duda que la medida merece ser aplaudida, cabe reparar que la introducción de esta suerte de cláusulas que rebajan la edad de jubilación forzosa en los convenios colectivos cuyo ámbito funcional se encuentre afectado en el sentido indicado, resulta meramente potestativa (así se infiere del tenor literal de la norma), por lo que el éxito o el fracaso de la medida dependerá en gran parte de la habilidad y la sensibilidad que muestren los sujetos negociadores. Desde este punto de vista, habría sido más efectivo que la medida se hubiera exigido con carácter obligatorio cuando se acreditara el presupuesto de subrepresentación femenina en la actividad económica en cuestión.

Así pues, si bien las modificaciones incorporadas en aras de conseguir alinear progresivamente la edad real de jubilación con la edad legal y promover la permanencia en el mercado laboral para contener el gasto en pensiones supone un tímido avance en esta materia, resulta a todas luces insuficiente en orden a poner fin a la brecha de género en el ámbito de las pensiones y desde el punto de vista ocupacional. El hecho de que no se haya tenido en cuenta la dimensión de género en la regulación de todas estas figuras va a dejar fuera del alcance de muchas mujeres gran parte de dichos instrumentos ignorándose, una vez más, la recomendación 17 del Pacto de Toledo.