

EL IMPACTO DE GÉNERO EN LAS REFORMAS DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Cristina Aragón Gómez
Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Nacional de Educación a Distancia

En el marco de los “Briefs de la AEDTSS” dedicados a los efectos de las últimas reformas sobre la situación laboral de las mujeres, el presente resumen se centra en identificar las medidas adoptadas y previstas por el legislador en materia de Seguridad Social; unas medidas que se despliegan principalmente en los siguientes ámbitos:

1.- La pensión de jubilación:

Por lo que respecta a la pensión de jubilación, el legislador ha adoptado algunos cambios que presentan interés desde la perspectiva de género:

En primer lugar, a efectos de acreditar el requisito de carencia necesario para poder acceder a la jubilación anticipada (ya sea voluntaria o involuntaria), la Ley 21/2021 ha modificado los arts. 207.1.c) y 208.1.b) LGSS al objeto de computar, como período cotizado, el tiempo correspondiente al “*servicio social femenino obligatorio*”, con el límite máximo de un año. De esta forma, el legislador equipara el servicio social de la mujer al servicio militar o de la prestación social sustitutoria y acaba con una diferencia de trato que carecía de justificación alguna. Esta discriminación por razón de sexo había sido previamente advertida por el Tribunal Supremo, en su STS 6-2-2020, Rº 3801/2017 y, en la práctica, venía solventándose por el INSS, de acuerdo con el criterio de gestión 3/2020, de 18 de febrero.

Sorprendentemente, la reforma operada por la Ley 21/2021 no ha modificado el art. 215.2.d) LGSS, por lo que, a efectos de acceder a la jubilación parcial, la norma sigue computando únicamente el período de prestación del servicio militar obligatorio o de la prestación social sustitutoria. No obstante, este olvido del legislador no parece que vaya a tener repercusión en la práctica, pues el INSS sí toma en consideración el período correspondiente al servicio social femenino, de conformidad con el criterio de gestión anteriormente mencionado.

En segundo lugar, la Ley 21/2021 ha modificado la DA 10ª ET con el propósito de permitir las cláusulas convencionales de jubilación forzosa únicamente en el supuesto de que se cumplan los siguientes requisitos: a) que la medida se vincule al relevo generacional a través de la contratación indefinida y a tiempo completo de, al menos,

una nueva persona trabajadora; b) que el trabajador afectado por el cese tenga una edad igual o superior a los 68 años y tenga derecho al 100% de la pensión ordinaria de jubilación en su modalidad contributiva. Ahora bien, este límite de edad puede rebajarse hasta la edad ordinaria de jubilación (65 o 67 años, en función de cuál sea la concreta carrera de seguro) cuando se trate de un sector de actividad con clara infrarrepresentación femenina y la persona contratada sea una mujer. A estos efectos, se entiende que la empresa puede aplicar este régimen excepcional cuando la tasa de ocupación de las mujeres trabajadoras sea inferior al 20%. Pero adviértase que esta situación de infrarrepresentación no es predicable de la empresa en cuestión, sino del concreto sector de actividad. Precisamente por ello, la Administración de la Seguridad Social facilitará la tasa de ocupación de las trabajadoras respecto de la totalidad de trabajadores por cuenta ajena en cada uno de los códigos del CNAE incluidos en el ámbito del convenio colectivo aplicable. A través de esta medida, el legislador pretende contribuir a la reducción de la segregación ocupacional, una de las causas de la brecha salarial que genera, a su vez, una brecha en materia de prestaciones de Seguridad Social.

Esta reforma resulta aplicable a los convenios suscritos desde el 1-1-2022. Las cláusulas de jubilación forzosa previstas en los convenios suscritos con anterioridad se mantienen en los términos acordados y pueden aplicarse tras la entrada en vigor de la Ley 21/2021; si bien, con un límite: hasta tres años después de la finalización de la vigencia inicial pactada del convenio en cuestión (DT 9ª ET).

El problema es que estas dos medidas son manifiestamente insuficientes para reducir la brecha prestacional y no dan cumplida respuesta a la recomendación 17ª del informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo de 2020. Y ejemplo paradigmático de lo expuesto, es que la ley 21/2021 no ha introducido ningún correctivo para favorecer el acceso de las mujeres a la jubilación anticipada. Sabemos que para acceder a la jubilación anticipada voluntaria, el importe de la pensión a percibir ha de resultar superior a la cuantía de la pensión mínima que correspondería al interesado por su situación familiar al cumplimiento de los 65 años de edad [art. 208.1. c) LGSS]. Lo que ocurre es que las estadísticas evidencian que las mujeres presentan más dificultades que los hombres para acceder a una prestación de carácter contributivo (pues acreditan carreras de cotización más cortas) y una mayor probabilidad de generar pensiones contributivas de menor cuantía. Pues bien, si tenemos en cuenta, de un lado, que cerca de un 30% de las pensiones de jubilación percibidas por mujeres están complementadas a mínimos y, de otro, que el requisito de carencia se ha concretado en 35 años cotizados para devengar la jubilación anticipada voluntaria, es obvio que las mujeres tienen más dificultades que los hombres para jubilarse antes de la edad legal. Y es posible que ésta sea una de las causas por las cuales sólo un 28% de las pensiones de jubilación anticipadas son percibidas por mujeres y por las que la edad media de jubilación de las mujeres (65,1 años) es superior a la edad media de jubilación de los hombres (64,3 años). Sin embargo, según la STJUE 21-1-2021, el art. 4 de la Directiva 79/7/CEE no se opone a una normativa nacional que, en caso de que un trabajador afiliado al régimen general de la seguridad social pretenda jubilarse voluntaria y anticipadamente, supedita su derecho a una pensión de jubilación anticipada al requisito de que el importe de esta pensión sea, al menos, igual a la cuantía de la pensión mínima que correspondería a

ese trabajador a la edad de 65 años, “*aunque esta normativa perjudique en particular a las trabajadoras respecto de los trabajadores*”.

3.- *Violencia de género*

La perspectiva de género en materia de Seguridad Social también se hace especialmente evidente con respecto a las situaciones de violencia doméstica, arbitrándose medidas dirigidas tanto a la víctima, como al agresor, como a los posibles huérfanos.

a) Con respecto a la víctima, sabemos bien que, en el caso de que el contrato de trabajo se suspenda por decisión de la propia trabajadora como consecuencia de ser víctima de la violencia de género, este período de suspensión recibe una suerte de asimilación al alta (DA única RD 1335/2005) y tiene la consideración de período de cotización efectiva a efectos de determinadas prestaciones (art. 165.5 LGSS). Además, debemos tener en cuenta que la suspensión del contrato por violencia de género se considera situación legal de desempleo [art. 268.1.b).2º LGSS], por lo que la trabajadora podría cobrar el paro si cumpliera los restantes requisitos. Y la extinción de la relación laboral *ex art. 49.1.m) ET* abre el acceso a la jubilación anticipada involuntaria [art. 207.1.d) 7ª LGSS].

En relación a la pensión de viudedad, en los supuestos de separación y divorcio, es necesario que el *ex cónyuge* sea acreedor de la pensión compensatoria. No obstante, este requisito no se exige a las mujeres víctimas de la violencia de género (art. 220.1 LGSS). Pues bien, la Ley 21/2021 ha equiparado el régimen jurídico de las uniones maritales y de las parejas de hecho. Concretamente: a) ha suprimido la exigencia de acreditar una convivencia estable y notoria durante un período de cinco años en el caso de que existan hijos en común; b) ha eliminado el requisito de dependencia económica; y c) ha reconocido el derecho a la pensión a los *ex convivientes*, en los mismos términos en los que se protege a los *ex cónyuges*. Así, tendrán derecho a la pensión de viudedad las mujeres que, aun no siendo acreedoras de la pensión compensatoria, puedan acreditar que eran víctimas de violencia de género en el momento de la extinción de la pareja de hecho (art. 221.3 LGSS). El legislador incorpora de esta forma al articulado de la LGSS la doctrina que previamente había adoptado el Tribunal Supremo, en su STS 14-10-2020, Rº 2753/2018.

b) Por lo que respecta al agresor, el ordenamiento jurídico también ha arbitrado un conjunto de medidas: En primer lugar, no se reconoce el complemento para reducir la brecha de género al padre que haya sido condenado por violencia de género contra la mujer [art. 60.3.b) LGSS, en la redacción dada por el RD Ley 3/2021]. Y en segundo lugar, se niega la condición de beneficiario de las prestaciones por muerte y supervivencia a quien fuera condenado por sentencia firme por la comisión de un delito doloso de homicidio en cualquiera de sus formas, cuando la víctima fuera el sujeto causante de la pensión (231.1 LGSS). Y, de hecho, tampoco se le abona la pensión de orfandad de la que pudieran ser beneficiarios sus hijos menores de edad.

c) Finalmente, con respecto a los huérfanos, es importante advertir que los hijos de las mujeres víctimas de la violencia de género tienen la condición de víctimas directas de esta violencia. Precisamente por ello, la Ley 3/2019 creó una nueva prestación de

orfandad para los supuestos en los que el menor se encontrase en una circunstancia equiparable a una orfandad absoluta y la madre fallecida por violencia de género no reuniera los requisitos necesarios para generar la pensión. Además, la cuantía de esta prestación también mereció un tratamiento especial, pues asciende al 70% de la base reguladora, siempre que los rendimientos de la unidad familiar de convivencia, incluidas las personas huérfanas, dividido por el número de miembros que la componen, no superen en cómputo anual el 75% del SMI vigente en cada momento, excluida la parte proporcional de las pagas extraordinarias.

Pues bien, la LO 2/2022, de 21 de marzo, trata de hacer una asignación más eficiente de los recursos, procurando el acceso a estas prestaciones a un mayor número de huérfanos, sobre todo a aquellos que se encuentran en una situación de pobreza y mayor vulnerabilidad. En su virtud, el derecho a la pensión de orfandad y al incremento previsto reglamentariamente para los casos de orfandad absoluta y, en su caso, a la prestación de orfandad, se mantiene en el supuesto de que los menores sean adoptados, suspendiéndose en el caso de que los rendimientos de la unidad de convivencia superasen el umbral anteriormente indicado. Además, también se reconoce el derecho a la pensión de orfandad con el incremento que correspondiese o, en su caso, la prestación de orfandad cuando la muerte hubiera sido producida por un agresor distinto del progenitor y éste se hiciese cargo de la responsabilidad parental, pero siempre y cuando los rendimientos de la unidad de convivencia no superen el umbral señalado con carácter previo.

c) Bajas médicas por reglas dolorosas

En el Consejo de Ministros del 17-5-2022, se ha autorizado la tramitación administrativa urgente del Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo. Y en dicho anteproyecto se proponen determinadas medidas en materia laboral y de Seguridad Social: De un lado, se incorpora una incapacidad temporal para aquellas mujeres que aborten (voluntaria o involuntariamente), con el objetivo de que puedan recuperarse de la intervención. De otro, se plantea el reconocimiento de un nuevo permiso desde la semana 39 de gestación, compatible con la baja por nacimiento y cuidado. Finalmente, el anteproyecto propone una baja médica por menstruaciones incapacitantes vinculadas a otras enfermedades como la endometriosis o los ovarios poliquísticos. Esta incapacidad, que operaría previo informe médico, no exigiría cotización previa, sería abonada desde el primer día y se prolongaría por el tiempo que la mujer necesitase. Ante esta propuesta, debemos plantearnos si no estamos ante una situación de necesidad que ya encontraba la cobertura de la prestación por incapacidad temporal. Es evidente que sí, de forma que ninguna mujer con dismenorrea tenía obligación de prestar servicios, si contaba con una baja médica emitida por el facultativo del servicio público de salud. No obstante, ya sabemos que la IT únicamente se abona a partir del cuarto día de la baja por lo que la mujer que se ausente del trabajo un período de tres o menos días no cobraría nada, salvo que el convenio colectivo o la política retributiva de la empresa reconocieran el derecho a un complemento de la incapacidad temporal. La cuestión entonces radica en dilucidar si la situación incapacitante derivada de una regla dolorosa merece un tratamiento específico y privilegiado con respecto a otro tipo de dolor que igualmente incapacite. Y

en el caso de que entendamos que la respuesta deba ser afirmativa (lo que resulta controvertido), debemos preguntarnos cómo podemos proteger a las mujeres desde el primer día de la baja sin estigmatizarlas y sin poner en conocimiento de la empresa datos personales especialmente sensibles.