

## SEGUNDA PARTE: PREMIOS RIVERO LAMAS DEL XXXIV CONGRESO DE LA AEDTSS

### LA REFORMA DEL SISTEMA DE PENSIONES CON PERSPECTIVA DE GÉNERO

#### PENSION REFORM WITH A GENDER PERSPECTIVE<sup>\*</sup>

Juan José Rodríguez Bravo de Laguna<sup>\*\*</sup>

Universidad de La Laguna

**SUMARIO:** 1. Introducción: la remoción de los obstáculos para superar la brecha de género en las pensiones. –2. El acceso a la protección por desempleo del personal al servicio del hogar familiar. –3. La equiparación de la jornada parcial con el contrato a tiempo completo a efectos de prestaciones. –4. La mejora en el mecanismo de las cotizaciones ficticias; 4.1. La consideración del servicio social femenino como período cotizado para el acceso a la jubilación anticipada y a la jubilación parcial; 4.2. La ampliación del período asimilado a cotizado en las prestaciones familiares contributivas. –5. Las nuevas reglas de integración de lagunas. –6. La revisión del complemento para la reducción de la brecha de género. –7. La novedosa habilitación a los convenios colectivos para incluir edades de jubilación forzosa en sectores masculinizados. –8. Reflexión final. –9. Bibliografía citada.

#### RESUMEN

*El presente estudio analiza las últimas reformas habidas en nuestro sistema de seguridad social con el fin de hacer frente a la brecha de género en las pensiones. En primer lugar, en el sistema especial de empleados de hogar, al permitir el acceso a la prestación por desempleo. En segundo lugar, mediante la supresión del coeficiente de parcialidad, equiparando la jornada parcial al contrato a tiempo completo a efectos de las futuras prestaciones. En tercer lugar, se abordarán las modificaciones habidas en las ficciones de cotización, por un lado, la inclusión del servicio social femenino como período cotizado para el acceso a la jubilación parcial y a la anticipada; por otro lado, la ampliación del período considerado como cotizado en las prestaciones familiares contributivas; y, finalmente, la inclusión de una acción positiva en el mecanismo de integración de lagunas, si bien limitada a las trabajadoras por cuenta ajena. Finalmente, en los dos últimos apartados, serán objeto de análisis tanto la revisión del complemento para la reducción de la brecha de género, como las novedades habidas en la jubilación forzosa por vía convencional. En definitiva, un conjunto de medidas que contribuyen al diseño de un sistema de pensiones que reconoce la contribución de los trabajos de cuidado.*

<sup>\*</sup> Recibido el 24 de julio de 2024. Aprobado el 23 de diciembre de 2024.

<sup>\*\*</sup> Profesor Contratado Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

## ABSTRACT

*This study analyses the latest reforms in our social security system in order to address the gender gap in pensions. Firstly, in the special system for domestic workers, by allowing access to unemployment benefits. Secondly, by abolishing the part-time coefficient, putting part-time work on a par with full-time contracts for the purpose of future benefits. Thirdly, the modifications made to the contribution fictitious will be dealt with, on the one hand, the inclusion of women's social service as a contributory period for access to partial and early retirement; on the other hand, the extension of the period considered as a contributory period for contributory family benefits; and, finally, the inclusion of positive action in the mechanism for the integration of gaps, although limited to female employees. Finally, in the last two sections, both the revision of the supplement to reduce the gender gap and the new developments in compulsory retirement by agreement will be analysed. In short, a set of measures that contribute to the design of a pension system that recognises the contribution of care work.*

**Palabras clave:** brecha de género, reforma de pensiones, cotizaciones ficticias, jubilación forzosa, trabajos de cuidado.

**Key words:** gender gap, pension reform, fictitious contributions, forced retirement, care work.

---

## 1. INTRODUCCIÓN: LA REMOCIÓN DE LOS OBSTÁCULOS PARA SUPERAR LA BRECHA DE GÉNERO EN LAS PENSIONES

Nuestro sistema de seguridad social se ha construido tomando como referencia carreras de cotización estables y a tiempo completo de trabajadores masculinos, y la configuración de un sistema de protección social desde la neutralidad jurídica promociona la discriminación por razón de género. Si la seguridad social es un derecho de configuración legal, diseñarlo en base a reglas neutras se revela en la práctica en medidas que penalizan carreras de seguro cortas e intermitentes, como ocurre con carácter general con las mujeres al asumir los roles de cuidado, primero como madres y luego como hijas.

A la interrumpida trayectoria laboral de las mujeres se une la brecha retributiva, que en el ámbito de la Unión Europea se situó en un 12,7 % y en nuestro país en un 8,7 %, según datos para el año 2022<sup>1</sup>. La repercusión de la brecha salarial en la pensión de jubilación se pone de manifiesto al consultar los datos estadísticos de la Seguridad Social, según los cuales, en el año 2023 el 43,9 % de las altas en esta prestación fueron instadas por mujeres y el 56,1 % por hombres<sup>2</sup>. Si, además, tomamos en consideración la pensión media, se comprueba que esta se situó en 1 263,46 euros para las mujeres y en 1 601,77 euros para los hombres, lo que genera una brecha de género de un 21,12 %. Se pone así en evidencia, la doble dificultad a la que se enfrentan las mujeres en materia de pensiones: por un lado, en el acceso, al ser titulares de carreras de seguro más cortas; por otro lado, en la intensidad de la protección, como consecuencia de unas bases de cotización más bajas. Y esta brecha en las pensiones trae consigo una tercera brecha derivada, la mayor pobreza y exclusión social.

La visibilidad de las estadísticas ha suscitado el interés por corregir las brechas evidenciadas, y aún más tras la entrada en vigor de la Ley 15/2022, de 12 de julio, integral para la igualdad de trato y la no discriminación<sup>3</sup> (en adelante, Ley 15/2022). Como detalla su artículo 4.4, las políticas

---

<sup>1</sup> Comisión Europea, 2024 *Report on gender equality in the EU*, pp. 29-30, disponible en [https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/policies/justice-and-fundamental-rights/gender-equality/gender-equality-strategy\\_en](https://commission.europa.eu/strategy-and-policy/policies/justice-and-fundamental-rights/gender-equality/gender-equality-strategy_en) (consultado el 23 de julio de 2024).

<sup>2</sup> Según datos disponibles en [https://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/Estadisticas\\_PresupuestosEstudios/Estadisticas/EST23/EST44](https://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/Estadisticas_PresupuestosEstudios/Estadisticas/EST23/EST44) (consultado el 8 de marzo de 2024).

<sup>3</sup> BOE núm. 167, de 13 de julio de 2022.

contra la discriminación deben adoptarse con perspectiva de género y deben prestar especial atención a los obstáculos a los que se enfrentan las mujeres para acceder a los derechos. La remoción de tales obstáculos requiere de una eficaz ingeniería jurídica en el diseño de acciones positivas<sup>4</sup>, puesto que «el verdadero problema, que exige invención e imaginación jurídica, es la elaboración de una garantía de la diferencia que sirva de hecho para garantizar la igualdad»<sup>5</sup>. Las acciones positivas han sido admitidas como vía adecuada a tal efecto desde la sentencia del TC 128/1987, de 16 de julio, por ser los cauces legales para incorporar a nuestro ordenamiento «diferencias de trato orientadas a prevenir, eliminar y, en su caso, compensar cualquier forma de discriminación o desventaja en su dimensión colectiva o social», como se definen en el artículo 6.7 de la Ley 15/2022<sup>6</sup>. Así pues, son el instrumento necesario para garantizar la igualdad material, más allá del principio de igualdad formal, dando así cumplimiento al mandato constitucional regulado en el artículo 9.2 CE, que exige a los poderes públicos remover los obstáculos que impiden o dificultan la igualdad de los ciudadanos.

En el Derecho de la Unión Europea existe un firme compromiso por alcanzar la igualdad real y efectiva entre mujeres y hombres, que se plasma, entre otros, en el Tratado de la Unión Europea, la Carta de Derechos Fundamentales y la Carta Social Europea; y en materia de protección social destaca el Pilar Europeo de Derechos Sociales, cuyo principio 15 promulga que «mujeres y hombres deben tener las mismas oportunidades para adquirir derechos de pensión... que garanticen una vida digna en la vejez». Para impulsarla, la Comisión Europea aprobó el pasado 5 de marzo de 2020 su Comunicación titulada *Una Unión de la igualdad: Estrategia de Igualdad de Género 2020-2025*, en base a un principio de igualdad no neutro sino rotundo<sup>7</sup>. La citada Comunicación pone en evidencia que «los menores ingresos, la mayor concentración en el trabajo a tiempo parcial y las interrupciones de la carrera profesional vinculadas a las responsabilidades asistenciales de las mujeres contribuyen sustancialmente a la brecha de género en las pensiones», debiendo abordarse tratando «las brechas laboral y salarial acumuladas a lo largo de toda la vida».

En nuestro país fue objeto de la última revisión del Pacto de Toledo<sup>8</sup>, cuya recomendación 17.<sup>a</sup> llevó por título «Mujeres y Seguridad Social», destacando al respecto la necesidad de adoptar medidas estructurales que alcanzaran tanto a la propia configuración del sistema como a la forma de acceso a las prestaciones. Para ello, proponía, entre otras medidas, la equiparación de las pensiones, no solo en la cuantía de la base reguladora sino también en las carreras de cotización; la introducción de las correcciones necesarias para evitar los perjuicios derivados de los vacíos involuntarios de cotización; eliminar los tratamientos discriminatorios que se originan en los contratos a tiempo parcial, integrados principalmente por mujeres; y la revisión del sistema especial de empleados de hogar en lo que respecta a la prestación por desempleo, que sirve de enlace con la pensión de jubilación.

A tal fin, nuestro sistema pensiones ha sido objeto de reforma en dos fases. La primera fue acometida por 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 y social del sistema público

<sup>4</sup> Las medidas de acción positiva tienen su origen en Estados Unidos, gracias a la presión de los movimientos sociales que pretendían promover la participación de las personas afroamericanas, vid. ALONSO PAULÍ, M.; VALENTÍN GAMAZO, A. M. y ALVARADO CAYCHO, G. R., *Novedades en la protección de la discriminación en materia laboral tras la Ley 15/2022*, Francis Lefebvre, Madrid, 2022.

<sup>5</sup> FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías*, Trotta, Madrid, 1999, p. 92.

<sup>6</sup> Prosigue el precepto indicando que «tales medidas serán aplicables en tanto subsistan las situaciones de discriminación o las desventajas que las justifiquen y habrán de ser razonables y proporcionadas en relación con los medios para su desarrollo y los objetivos que persigan». Esta definición no altera sustancialmente el concepto jurídico de acción positiva que ya ofrecía el artículo 11 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (BOE núm. 71, de 23 de marzo de 2007).

<sup>7</sup> GRAU PINEDA, C., *La brecha de las pensiones en España*, Bomarzo, Albacete, 2020, p. 35.

<sup>8</sup> *Informe de evaluación y reforma del Pacto de Toledo* (BO Cortes Generales, 10 de noviembre de 2020).

de pensiones<sup>9</sup> (en adelante, Ley 21/2021). Pese al aparente equilibrio que se extrae del título de la norma, entre sostenibilidad financiera y social, las medidas estuvieron mayoritariamente orientadas al logro de la primera, por estar centrada en la prolongación de la vida activa. La segunda fase en la reforma del sistema de pensiones llegaría de la mano del Real Decreto Ley 2/2023, de 16 de marzo, de medidas urgentes para la ampliación de derechos de los pensionistas, la reducción de la brecha de género y el establecimiento de un nuevo marco de sostenibilidad del sistema público de pensiones<sup>10</sup> (en adelante, RDL 2/2023), ahora sí con una evidente vocación social y de género. Y como puente entre ambas reformas legislativas, el Real Decreto Ley 16/2022, de 6 de septiembre, para la mejora de las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas trabajadoras al servicio del hogar<sup>11</sup> (en adelante, RDL 16/2022).

El presente estudio llevará a cabo un análisis de las medidas introducidas con vistas a valorar su adecuación a los fines pretendidos en la recomendación 17.<sup>a</sup> de la revisión del Pacto de Toledo y, con ello, a la sostenibilidad de nuestro sistema de pensiones con perspectiva de género.

## 2. EL ACCESO A LA PROTECCIÓN POR DESEMPLEO DEL PERSONAL AL SERVICIO DEL HOGAR FAMILIAR

La supresión del Régimen Especial de Empleados de Hogar y la inclusión de los sujetos protegidos dentro el Régimen General mediante un sistema especial, no se llevó a cabo con plena equiparación de derechos, al quedar excluidos de la protección por desempleo. Tal exclusión no solo repercutía en el corto plazo, al no poder acceder a la prestación en caso de extinción de la relación laboral, sino también en la futura pensión de jubilación, al no cotizar por dicha contingencia.

Esta situación se mantuvo hasta la sentencia del TJUE de 24 de febrero de 2022<sup>12</sup>, que concluyó que España discriminaba a las personas trabajadoras del hogar familiar, y no solo por no tener acceso a la prestación contributiva por desempleo, sino también porque esa exclusión les imposibilita el acceso a otras prestaciones sociales cuya concesión estaba supeditada al agotamiento de las prestaciones por desempleo. Así pues, se falla que la disposición del ordenamiento español sitúa a las empleadas de hogar en situación de desventaja en comparación con el resto de trabajadores protegidos por el Régimen General por lo que, tratándose de un sector altamente feminizado, entraña una discriminación indirecta por razón de sexo. En consonancia con este pronunciamiento, el juzgado de lo contencioso-administrativo de Vigo, que había planteado la cuestión prejudicial, reconoció el derecho de la demandante a cotizar por la contingencia de desempleo<sup>13</sup>, puesto que ése había sido el *petitum* de su demanda. Finalmente, la doctrina del TJUE fue acogida en nuestro ordenamiento mediante el RDL 16/2022, el cual suprimió la previsión legal referida a la exclusión de la protección por desempleo y, en consonancia, modificó el artículo 267.1.a) LGSS para incluir la extinción de la relación laboral especial dentro de las situaciones legales de desempleo.

No obstante, siendo consciente el legislador del incremento de los costes laborales para las familias, se previó en la disposición adicional primera del RDL 16/2022 una bonificación del 80 % en las aportaciones empresariales a la cotización por desempleo y al FOGASA<sup>14</sup>, evitando

<sup>9</sup> BOE núm. 312, de 29 de diciembre de 2021.

<sup>10</sup> BOE núm. 65, de 17 de marzo de 2023.

<sup>11</sup> BOE núm. 216, de 8 de septiembre de 2022.

<sup>12</sup> Asunto C-389/20.

<sup>13</sup> SJCA número 2 de Vigo de fecha 17 de marzo de 2022 (sentencia núm. 68/2022).

<sup>14</sup> En opinión de VILLALBA SÁNCHEZ, A., «La discriminación por razón de sexo padecida por las empleadas del hogar familiar en la extinción de su contrato», *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 470, 2022, p. 73, la bonificación debería estar dirigida a las personas titulares de un hogar cuyas rentas evidenciaran la imposibilidad de afrontar el deber de cotizar por una persona empleada en condiciones comparables a las de una persona asalariada cualquiera.

así que la mejora en la protección conllevara un aumento de las situaciones de fraude. Pero el RDL 16/2022 no solo actuó en materia de seguridad social sino también en las condiciones de trabajo, en la seguridad y salud laboral, así como en aspectos de formación, todo ello con el propósito de incorporar al ordenamiento español el Convenio 189 OIT sobre condiciones relativas al trabajo decente para los trabajadores domésticos, según el cual no pueden tener un nivel de protección inferior ni un trato menos favorable que el resto de las personas trabajadoras.

### 3. LA EQUIPARACIÓN DE LA JORNADA PARCIAL CON EL CONTRATO A TIEMPO COMPLETO A EFECTOS DE PRESTACIONES

La protección que dispensa el sistema de seguridad social a las personas trabajadoras que prestan servicios mediante contrato a tiempo parcial se rige por el principio de asimilación con los trabajadores a tiempo completo. No obstante, la reducción del tiempo de trabajo ha supuesto la aplicación de parámetros específicos, los cuales han supuesto una importante trampa<sup>15</sup> especialmente para las mujeres, por ser un contrato fuertemente feminizado.

Así, para el cómputo de la carencia exigida en las distintas prestaciones se venía un coeficiente global de parcialidad, que implicaba una reducción en proporción al tiempo real cotizado. Se trataba de una opción legislativa que había sido puesta en tela de juicio por la doctrina, por entender que «lo que debe primar en orden al cálculo de la vida laboral no es la cantidad cotizada, sino el tiempo cotizando, ya que el importe se debería tener en cuenta solo en orden a la base reguladora»<sup>16</sup>. Por este motivo, el RDL 2/2023 ha derogado dicho coeficiente y ha previsto en el artículo 247 LGSS que, a efectos de la carencia necesaria para las prestaciones de jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, incapacidad temporal, así como nacimiento y cuidado de menor, se tendrán en cuenta los períodos en los que se haya estado con un contrato a tiempo parcial cualquiera que haya sido la jornada realizada. Con esta reforma un día trabajado a tiempo parcial computa como un día a tiempo completo, es decir, la vida laboral se mide por el tiempo asegurado con independencia de haber cotizado a tiempo completo o a tiempo parcial. Una medida estructural pero que carece de efectos retroactivos, al beneficiar únicamente a quienes hayan desempeñado su jornada a tiempo parcial a partir del 1 de octubre de 2023, por lo que en este punto se ha dado primacía a la sostenibilidad financiera del sistema, y con ello la equidad pretendida es relativa.

Esta novedad legislativa se complementa con la supresión del apartado tercero del artículo 248 LGSS, que también aplicaba un coeficiente de parcialidad para el cálculo de las pensiones de jubilación e incapacidad permanente por enfermedad común. Al respecto, el TC ya había anulado el inciso referido a la jubilación<sup>17</sup> y posteriormente el de la incapacidad permanente<sup>18</sup>, en base a un doble fundamento, vulneración del principio de igualdad ante la ley y discriminación indirecta por razón de sexo, «no ya en cuanto a la reducción de la base reguladora para el trabajador a tiempo parcial en función de su menor base de cotización, sino en cuanto a la reducción adicional de la base reguladora mediante un porcentaje..., diferenciación que no solo conduce a un resultado perjudicial en el disfrute de la protección de la Seguridad Social para los trabajadores contratados a tiempo parcial, sino que, además, afecta predominantemente a

<sup>15</sup> GRAU PINEDA, C. y RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, S., *Conciliación y Seguridad Social. La brecha de género en el sistema de pensiones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, p. 78.

<sup>16</sup> MALDONADO MOLINA, J. A., «Nulidad por vulneración del principio de igualdad y por discriminación indirecta de las reglas de cálculo del porcentaje de la jubilación en los trabajadores a tiempo parcial. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 91/2019, de 3 de julio», *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 439, 2019, p. 180. En el mismo sentido, GRAU PINEDA, C. y RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, S., *op. cit.*, p. 79.

<sup>17</sup> STC 91/2019, de 3 de julio, aplicada por el INSS mediante su Criterio de gestión 17/2019, de 12 de agosto.

<sup>18</sup> STC 155/2021, de 13 de septiembre, aplicada por el INSS mediante su Criterio de gestión 29/2021, de 20 de octubre. En virtud de esta sentencia del TC, la STS 72/2024, de 18 de enero, ha estimado que no procede la aplicación del coeficiente de parcialidad para el cálculo de la cuantía de una pensión de incapacidad permanente absoluta.

las mujeres trabajadoras». Como dato curioso cabe destacar que el recurso de amparo formulado en relación con el inciso referido a la jubilación fue planteado por un varón. En todo caso, el TC falló en consonancia con el TJUE<sup>19</sup>, que había instado a España a revisar la normativa de cálculo de la pensión de los trabajadores a tiempo parcial, por entender que podía discriminar a las mujeres. El RDL 2/2023 acoge así la doctrina del TJUE y del TC y en su virtud deroga el artículo 248.3 LGSS.

Con esta reforma el legislador confecciona un régimen jurídico que genera una verdadera igualdad del contrato a tiempo parcial con el contrato a tiempo completo en materia de protección social, que va más allá de la discriminación indirecta por razón de sexo.

#### 4. LA MEJORA EN EL MECANISMO DE LAS COTIZACIONES FICTICIAS

Las ficciones de cotización han sido uno de los instrumentos que nuestro sistema ha venido empleando para compensar, en el momento de acceso a la pensión de jubilación, las interrupciones habidas en la carrera laboral. Este mecanismo es económicamente eficiente a corto plazo, ya que otorga un derecho con un plazo de efectividad diferido, e incluso en algunos casos puede que no llegue a tener efectividad<sup>20</sup>. Tanto la Ley 21/2021 como el RDL 2/2023 incorporan importantes novedades, ampliando el elenco de situaciones cubiertas. Estas reformas representan un esfuerzo loable por incluir un mayor número de circunstancias que afectan a las personas trabajadoras, con el objetivo de proporcionar una protección más inclusiva y equitativa. A continuación, se detallan las mejoras y ampliaciones introducidas por las normas referidas.

##### 4.1. La consideración del servicio social femenino como período cotizado para el acceso a la jubilación anticipada y a la jubilación parcial

La jubilación anticipada se caracteriza por la exigencia de largas carreras de seguro, en concreto, 33 años cuando la causa es imputable a la empresa (artículo 207 LGSS) y 35 años si el acceso es a instancia de la persona trabajadora (artículo 208 LGSS). A los exclusivos efectos de su cumplimiento la normativa computaba como período cotizado el servicio militar o la prestación social sustitutoria, con el límite de un año, sin mención alguna al servicio social femenino, que igualmente había constituido un deber de obligado cumplimiento<sup>21</sup>. Tal ausencia había trasladado a la sede judicial el debate sobre su consideración como período cotizado, dando lugar a pronunciamientos judiciales contradictorios, equiparándolo a la prestación social sustitutoria en unos casos<sup>22</sup>, y en otros denegándose tal consideración<sup>23</sup>. Finalmente, el TS unificó doctrina mediante su sentencia de 6 de febrero de 2020<sup>24</sup>, entendiendo que la norma debía aplicarse con perspectiva de género. El pronunciamiento del TS fue asumido por la entidad gestora<sup>25</sup>, y no solo a efectos de la jubilación anticipada, sino también de la jubilación parcial, que adolecía de la misma carencia. Finalmente, la Ley 21/2021 institucionalizó el criterio del TS, si bien limitado a la jubilación anticipada, extendiéndose posteriormente a la jubilación parcial mediante la Ley 24/2022, de 25 de noviembre<sup>26</sup>.

<sup>19</sup> STJUE de 8 de mayo de 2019, asunto C-161/18.

<sup>20</sup> GRAU PINEDA, C., *op. cit.*, p. 61.

<sup>21</sup> Decreto 378 de 7 de octubre de 1937.

<sup>22</sup> STSJ de Extremadura de 9 de septiembre de 2014 (recurso núm. 338/2014), STSJ del País Vasco de 11 de octubre de 2016 (recurso núm. 1821/2016) y STSJ de Madrid de 11 de junio de 2018 (recurso núm. 139/2018).

<sup>23</sup> STSJ de Cataluña, de 15 de junio de 2017 (recurso núm. 2308/2017).

<sup>24</sup> Recurso núm. 3801/2017.

<sup>25</sup> INSS, Criterio de gestión 3/2020, de 18 de febrero.

<sup>26</sup> Ley 24/2022, de 25 de noviembre, para el reconocimiento efectivo del tiempo de prestación del servicio social de la mujer en el acceso a la pensión de jubilación parcial (BOE núm. 284, de 26 de noviembre de 2022).

En todo caso, las reformas llevadas a cabo resultan insuficientes por tres motivos<sup>27</sup>. En primer lugar, porque la exigencia de largas carreras de seguro tanto en la jubilación anticipada como en la parcial sigue siendo el principal impedimento para que las mujeres adquieran la condición de beneficiarias, motivo por el cual se ha propuesto la necesidad de introducir correctivos, de modo que los cuidados familiares sean causa para realizar ajustes en la carencia exigida<sup>28</sup>. En segundo lugar, porque el acceso a la jubilación parcial requiere que la persona solicitante acredite un contrato de trabajo a tiempo completo, un presupuesto que excluye a un gran número de mujeres. Y, en tercer lugar, por la exigencia en la jubilación anticipada voluntaria de que el importe de la pensión a percibir tras la aplicación de los coeficientes reductores no sea inferior a la cuantía de la pensión mínima que correspondería al cumplimiento de los 65 años o, en otras palabras, que la pensión exceda de la mínima garantizada sin requerir complementos a mínimos. Esta última previsión ha sido amparada por el TJUE<sup>29</sup>, que tuvo ocasión de pronunciarse al hilo de la denegación de la pensión de jubilación anticipada a una empleada de hogar. El razonamiento del TJUE, que da primacía a la razón económica frente a la social, no hace sino dar cobertura a una medida de discriminación indirecta, en cuanto perjudica mayoritariamente a las mujeres, quienes, por las características de sus carreras profesionales generan pensiones de jubilación de cuantía más limitada y, por tanto, susceptibles, en mayor medida, de no alcanzar el mínimo legal exigido<sup>30</sup>. En definitiva, múltiples barreras que impiden a las mujeres el acceso a estas modalidades de la jubilación.

#### **4.2. La ampliación del período asimilado a cotizado en las prestaciones familiares contributivas**

El ejercicio del derecho a la excedencia o a la reducción de jornada por cuidado de menores o de familiares había recibido un tratamiento desigual desde el punto de vista de la protección social en función del sujeto causante objeto de cuidados. Así, en el caso de los menores, la totalidad del período disfrutado, que puede alcanzar los tres años según el artículo 46.3 ET, tenía la consideración de período cotizado a efectos de las prestaciones de jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, así como por nacimiento y cuidado de menor, según el artículo 237.1 LGSS. Sin embargo, el mismo precepto, pero en su apartado segundo, venía contemplando que, si el sujeto causante es un familiar hasta el segundo grado por consanguinidad o afinidad<sup>31</sup>, que no puede valerse por sí mismo por razones de edad, accidente, enfermedad o discapacidad y que no desempeñe actividad retribuida, el mecanismo de la ficción únicamente alcanzaba al primer año. Se trataba de una disparidad en el tratamiento jurídico que no encontraba justificación alguna y que había sido denunciada por la doctrina<sup>32</sup>. De este modo, se desincentivaba el disfrute de la totalidad del tiempo legalmente previsto para la excedencia por cuidado de familiares, y quienes así lo hacían asumían un perjuicio en su carrera de

<sup>27</sup> Para un estudio en profundidad *vid.* DANS ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, L., «Equiparación entre el servicio social de la mujer y el servicio militar obligatorio a efectos de la pensión de jubilación», *Temas Laborales*, núm. 170, 2023, pp. 85-114.

<sup>28</sup> Así lo entiende, ARAGÓN GÓMEZ, C.: «La protección social del cuidado en el entorno familiar», en AA. VV. (MOLERO MARAÑÓN, M.ª L., Dir.): *Ser mujer y mercado de trabajo: Dificultades, oportunidades y retos*, Aranzadi, Pamplona, 2022, pp. 663 y ss.

<sup>29</sup> STJUE de 21 de enero de 2021, asunto C-843/19.

<sup>30</sup> En este sentido, VILLAR CAÑADA, I., «La reforma del sistema de pensiones ¿Dónde queda —una vez más— la dimensión de género?», *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 468, 2022, p. 116.

<sup>31</sup> Téngase presente que el artículo 46.3 del ET ha sido reformado para ampliar el elenco de sujetos causantes. Desde el 30 de junio de 2023 la excedencia por cuidado de familiar se extiende al cónyuge o pareja de hecho y al familiar hasta el segundo grado por consanguinidad de las parejas de hecho, según la modificación introducida por el Real Decreto Ley 5/2023, de 28 de junio (BOE núm. 154, de 29 de junio de 2023).

<sup>32</sup> En este sentido, entre otros, TORTUERO PLAZA, J. L., *50 Propuestas para racionalizar la maternidad y facilitar la conciliación laboral (del permiso de paternidad obligatorio... al apoyo a las PYMES)*, Civitas, Pamplona, 2006, pp. 196 y 197; RODRÍGUEZ BRAVO DE LAGUNA, J. J., *Dimensiones jurídico-laborales del derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral*, Aranzadi, Pamplona, 2015, pp. 168-170.

seguro. Por tanto, la norma no era consecuente con los objetivos perseguidos por el principio de corresponsabilidad<sup>33</sup>, y dado que la mayor parte de las personas trabajadoras que hacen uso de la excedencia para cuidar de un familiar son mujeres, amparaba una situación de discriminación indirecta por razón de género.

El carácter transversal de la perspectiva de género alcanza ahora a las prestaciones familiares contributivas para alinear la normativa de Seguridad Social con la normativa laboral, modificando el artículo 237.2 LGSS y considerando como período cotizado los tres primeros años, equiparándose así con la ficción prevista para la excedencia por cuidado de menores. No obstante, la duración de la excedencia por cuidado de familiares según el ET es de dos años, ampliable por convenio, por lo que, el disfrute del año adicional queda supeditado a la mejora negociada por los interlocutores sociales. En todo caso, la previsión de este plazo de tres años en la LGSS tiene sentido si tenemos en cuenta que el Régimen General comprende a los funcionarios listados en su artículo 136.2, para quienes se prevé que la excedencia por cuidado de familiares tendrá una duración no superior a tres años<sup>34</sup>. Y esta distinción entre el EBEP y el ET debiera ser objeto de atención en próximas reformas, proponiendo *lege ferenda* la modificación de la norma estatutaria con el objeto de unificar las tres leyes.

Esta regla de los tres años no solo constituye la nota común a las dos prestaciones familiares contributivas derivadas del ejercicio de la excedencia, sino también a los casos de reducción de jornada. Con anterioridad a la entrada en vigor del RDL 2/2023, el artículo 237.3 LGSS preveía que, si el derecho ejercitado era la reducción de jornada con motivo de la guarda legal de un menor de doce años, las cotizaciones se entenderían incrementadas hasta el 100 % los dos primeros años a efectos de las prestaciones ya mencionadas, un período que se ve ahora ampliado a los tres años. Igual reforma se introduce en la reducción de jornada por cuidado de un familiar<sup>35</sup> o de una persona con discapacidad, en cuyo caso el beneficio del incremento del 100 % en las cotizaciones ya no se aplicará exclusivamente al primer año de la reducción de jornada, como se contemplaba con anterioridad en la norma<sup>36</sup>, sino a los tres primeros años. Se trata de modificaciones que aun mereciendo una valoración positiva resultan insuficientes. El legislador debería haber extendido el beneficio de la cotización ficticia a la totalidad del tiempo del que se disfrute la reducción de jornada, ya sea por guarda legal de un menor o por cuidado de un familiar, como así se ha contemplado en la prestación familiar contributiva derivada de la excedencia por cuidado de un menor, y en los casos en que la reducción de jornada encuentra su causa en el cuidado de un menor afectado por cáncer o enfermedad grave. Y todo ello teniendo en cuenta que la reducción de jornada es la figura más conveniente para la conciliación, puesto que lejos de promover el abandono del trabajo permite el mantenimiento del vínculo laboral y fomenta el reparto de responsabilidades<sup>37</sup>.

## 5. LAS NUEVAS REGLAS DE INTEGRACIÓN DE LAGUNAS

El RDL 2/2023 ha previsto que para el cálculo de la base reguladora de la pensión de jubilación podrá optarse entre los últimos 25 años, período considerado en la actualidad, o los últimos 29 años descartando los 2 años en los que la cotización haya sido inferior. No obstante, el

<sup>33</sup> GRAU PINEDA, C. y RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, S., *op. cit.*, p. 42.

<sup>34</sup> Artículo 89.4 del Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público (en adelante, EBEP).

<sup>35</sup> Al igual que en la excedencia por cuidado de familiares, el Real Decreto Ley 5/2023, de 28 de junio, también ha modificado el artículo 37.6 del ET para hacer extensivo al derecho a la reducción de jornada al cuidado del cónyuge, de la pareja de hecho o del familiar consanguíneo de la pareja de hecho hasta el segundo grado.

<sup>36</sup> RODRÍGUEZ BRAVO DE LAGUNA, J. J., *op. cit.*, p. 171, había razonado que «no hay una razón objetiva que explique el distinto tratamiento temporal que se ha dado a esta segunda modalidad de reducción de jornada, por lo que debería haberse previsto, al menos, el mismo período que en los supuestos de guarda legal de un menor».

<sup>37</sup> *Vid.* BALLESTER PASTOR, M.ª A., «Reformas en materia de protección social e impacto de género: un estudio crítico», *Temas Laborales*, núm. 112, 2011, p. 69.

acceso a la segunda opción solo será posible a partir del 1 de enero de 2026, momento a partir del cual se aplicará un régimen de elevación progresiva del período a computar hasta el año 2037.

La ampliación del espectro temporal puede traer consigo efectos negativos para las mujeres, dado que hay más posibilidades de presentar lagunas. Para paliarlo se ha previsto una acción positiva en el mecanismo de integración de estas<sup>38</sup>. En concreto, los primeros 60 meses en que no haya habido cotización por la mujer trabajadora se integrarán con el 100 % de la base mínima del Régimen General, reduciéndose al 80 % entre el mes 61 y el 84. Se trata de una medida que mejora de manera sustancial la regla general del artículo 209 LGSS, que limita la integración del 100 % al mes 48, reduciéndose a partir de ahí al 50 % de la base mínima.

No obstante, esta acción no se extiende a las trabajadoras autónomas, a las cuales se les aplica el mecanismo de integración de lagunas previsto con carácter general en el artículo 322 LGSS, según la redacción dada por el mismo RDL 2/2023. Su aplicación está fuertemente condicionada, al preverse que los períodos sin obligación de cotizar deben haber transcurrido con posterioridad a la extinción de la percepción de una prestación por cese de actividad, e integrándose únicamente los 6 meses siguientes a cada uno de esos períodos conforme a la base mínima. De este modo, se reducen las eventuales lagunas integradas a la mínima expresión y por un tiempo muy reducido<sup>39</sup>, además, se aparta de la lógica del mecanismo de integración de lagunas, que no lo limita a los períodos posteriores al disfrute de una prestación, la cual, en este caso, no solo es de reciente creación sino restrictiva por sus presupuestos habilitantes. En definitiva, una regla que infringe el artículo 10 LGSS, que exige la debida homogeneidad entre los regímenes<sup>40</sup>, y cuya reforma debiera postularse por el Observatorio referido en la nueva disposición adicional 50.<sup>a</sup> LGSS, al cual se le encomienda su seguimiento.

## 6. LA REVISIÓN DEL COMPLEMENTO PARA LA REDUCCIÓN DE LA BRECHA DE GÉNERO

Las medidas introducidas en nuestro sistema de la Seguridad Social no se han limitado a colmar las lagunas de cotización, sino también a mejorar económicamente la cuantía de la pensión. Con tal objeto, la Ley 48/2015, de 29 de octubre, de Presupuestos Generales del Estado para el año 2016 introdujo el complemento de maternidad por aportación demográfica. Se trató de una innovación legislativa relevante que se erigió en una especie de «compensación del daño»<sup>41</sup> ocasionado a las mujeres por las dificultades profesionales derivadas de la maternidad. Sin embargo, estuvo mal diseñado desde el comienzo: por un lado, porque solo reconocía como beneficiarias a las mujeres pensionistas, excluyendo a los hombres en todo caso, y en toda sociedad igualitaria tanto los padres como las madres aportan lo mismo demográficamente a la seguridad social<sup>42</sup>; por otro lado, porque las mujeres debían haber «aportado» al menos dos hijos/as, quedando excluidas las que hubieran tenido uno solo<sup>43</sup>.

<sup>38</sup> Nueva DT 41.<sup>a</sup> LGSS.

<sup>39</sup> MALDONADO MOLINA, J. A., «El borrador de reforma de la base reguladora de la jubilación y el incremento de los topes máximos de las bases de cotización y de las pensiones», *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, núm. 473, 2023, p. 51.

<sup>40</sup> Por este motivo se ha propuesto la equiparación del trabajo autónomo con el trabajo por cuenta ajena en materia de integración de lagunas de cotización, BARRIROS BAUDOR, G. L., «La protección de los trabajadores autónomos ante la jubilación», ponencia presentada en el XXXIV Congreso anual de la AEDTSS, Mérida, 30 y 31 de mayo de 2024, publicada en *Trabajo, edad y pensiones de jubilación*, Ministerio de Trabajo y Economía Social, Madrid, 2024, p. 183.

<sup>41</sup> RAMOS QUINTANA, M. I., «El complemento por maternidad en el sistema de seguridad social: las compensaciones implícitas en su código genético y la erosión de una acción positiva», *Revista de Derecho Social*, núm. 89, 2020, p. 124.

<sup>42</sup> GRAU PINEDA, C., *op. cit.*, p. 63.

<sup>43</sup> En contra de esta exclusión, *Idem*, p. 62.

Las dudas sobre la legitimidad del complemento dieron lugar al planteamiento de una cuestión prejudicial, resolviendo el TJUE<sup>44</sup> que era contrario al Derecho de la UE, por cuanto discriminaba al varón que, estando en una situación idéntica a la de la mujer, no tenía derecho al complemento. Pese a este fallo, la entidad gestora mantuvo la desestimación de las solicitudes planteadas por hombres a la espera de la correspondiente reforma legislativa, lo que dio lugar al reconocimiento por el TJUE de indemnizaciones por daños y perjuicios al obligar a acudir a la vía judicial<sup>45</sup>; un pronunciamiento en modo alguno baladí, por cuanto neutraliza el efecto positivo buscado y preserva la diferencia de base<sup>46</sup>.

Finalmente, sería el RDL 3/2021, de 2 de febrero, el que rediseñaría la categoría jurídica, pasando a denominarlo complemento para la reducción de la brecha de género y salvando las dos limitaciones que presentaba en su versión anterior. Así, se reconoce a quienes tengan un único hijo/a, pero sin efectos retroactivos por una mera razón económica, la sostenibilidad financiera del sistema, obviando que tal previsión hubiera contribuido al cumplimiento de la naturaleza temporal del complemento. Además, fruto de la sentencia del TJUE, se incluye como beneficiario al varón siempre que acredite un perjuicio en su carrera de seguro, el cual se le presume a la mujer. Una regulación que ha dado lugar al planteamiento de nuevas cuestiones prejudiciales, por la posible discriminación del varón al tener que articular prueba en ese sentido<sup>47</sup>, por lo que habrá que estar al pronunciamiento del TJUE, que en caso de fallar a favor desnaturaría el complemento. La existencia de una brecha de género en las pensiones es una realidad objetiva, son las mujeres quienes sufren mayores interrupciones en sus carreras de seguro, quienes perciben pensiones de menor cuantía, y a quienes se les reconocen mayormente los complementos a mínimos y las pensiones del nivel asistencial, lo que justifica la previsión de una acción positiva en este complemento; no ocurre lo mismo con el varón, respecto del cual no hay indicios de los que pueda deducirse una posible situación de desventaja en materia de pensiones. La supresión de la acción positiva prevista para las mujeres supondría el regreso a un pasado con ordenaciones jurídicas uniformes para realidades desiguales, y ya no podría seguir denominándose complemento para la reducción de la brecha de género.

Ahora, el RDL 2/2023 revisa el régimen jurídico del complemento para introducir las siguientes reformas. La primera modificación beneficia a los varones, para quienes se prevé que «para el cálculo de períodos cotizados y de bases de cotización no se tendrán en cuenta los beneficios en la cotización establecidos en el artículo 237»<sup>48</sup>. En consecuencia, para la acreditación del perjuicio en la carrera de seguro se considerarán los vacíos de cotización derivados de la excedencia o reducción de jornada por cuidado de menores o incluso de familiares, ya que la norma se remite al artículo 237 en su integridad. Además, para la plena eficacia de esta medida,

<sup>44</sup> STJUE de 12 de diciembre de 2019, asunto C-450/18. Asimismo, las SSTS de 17 de febrero de 2022 (recurso núm. 2872/2021) y de 30 de mayo de 2022 (recurso núm. 3192/2021), han estimado que los hombres que reúnan las exigencias establecidas y estén en la misma situación que las mujeres, tienen derecho a que el complemento se les reconozca con efectos retroactivos desde el nacimiento de la norma que lo establece, dado que el TJUE no dispuso ninguna limitación temporal en su pronunciamiento.

<sup>45</sup> La STJUE de 14 de septiembre de 2023, asunto C-113/22, argumentó que, además de conceder el complemento a la parte interesada, el órgano judicial debe reconocer una indemnización que permita compensar íntegramente los perjuicios causados por haber acudido a la vía judicial, al exponer a los beneficiarios a un plazo más largo para el cobro del complemento, así como a gastos adicionales, lo que genera una discriminación adicional. Esta indemnización fue finalmente cuantificada en 1.800 euros por la STS de 15 de noviembre de 2023 (recurso núm. 5547/2022).

<sup>46</sup> Vid. MIÑARRO YANINI, M., «En busca de algo de orden: una solución indemnizatoria categórica para el “varón doblemente discriminado”, Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 977/2023, de 15 de noviembre», *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 479, 2024, p. 156.

<sup>47</sup> Auto del TSJ de Madrid de 13 de septiembre de 2023 (recurso núm. 333/2023); Auto del JS núm. 3 de Pamplona, de 21 de septiembre de 2023 (núm. procedimiento 1095/2022).

<sup>48</sup> Se trata de una medida que venía aplicando parcialmente la entidad gestora mediante su Criterio de gestión 21/2021, de 13 de agosto.

se incorpora una disposición transitoria cuadragésima cuarta a la LGSS, que declara la aplicabilidad de esta reforma a las pensiones contributivas causadas desde el 4 de febrero de 2021, es decir, desde la fecha de entrada en vigor del complemento para la reducción de la brecha de género, una medida que merece una valoración positiva.

Pero la normativa no solo exige al varón que acredite un perjuicio sino, además, que «la suma de las cuantías de las pensiones reconocidas sea inferior a la suma de las pensiones que le corresponda a la mujer». Por tanto, la norma impide el disfrute simultáneo del complemento cuando se trate de un mismo sujeto causante y siempre que se trate de hijos en común<sup>49</sup>. Dándose la premisa de que los dos progenitores sean beneficiarios de una pensión, se había cuestionado cuales debían ser los importes de las pensiones que debían ser comparados a efectos de determinar a qué progenitor le corresponde el complemento, esto es, la pensión inicial o la resultante después de la aplicación de los complementos a mínimos. Para su resolución, el INSS se pronunció en su Criterio de gestión 20/2022, de 2 de noviembre, entendiendo que debía estarse a la pensión inicial, por cuanto es la «que permite determinar de forma objetiva cuál de los dos progenitores tiene una pensión menor y, por ende, presumiblemente un perjuicio en su carrera de cotización como consecuencia del cuidado de hijos»; o, en otras palabras, solo sin tener en cuenta el complemento a mínimos, cuyas beneficiarias principales son las mujeres<sup>50</sup>, se puede tener conocimiento de la persona progenitora que realmente genera por sí misma en base a sus cotizaciones la pensión de menor cuantía. Este criterio ahora se incorpora al artículo 60 de la LGSS mediante la adición de un nuevo apartado séptimo, al precisar que «para determinar qué pensiones o suma de pensiones de los progenitores tiene menor cuantía se computarán dichas pensiones teniendo en cuenta su importe inicial, una vez revalorizadas, sin computar los complementos que pudieran corresponder». Y en caso de que ambos progenitores sean del mismo sexo, a igualdad de importe inicial el complemento se reconocerá a quien lo haya solicitado en primer lugar. Recuérdese que cuando los solicitantes sean de distinto sexo, lo más habitual estadísticamente, a igualdad de importe inicial de la pensión objeto de comparación la atribución del complemento se hará a favor de la mujer.

Pero no solo los presupuestos habilitantes del complemento han sido objeto de atención por el RDL 2/2023, sino también su importe. El extinto complemento por aportación demográfica lo cuantificaba mediante la aplicación de un porcentaje adicional, el cual variaba en función del número de hijos/as habidos. En la actualidad se prevé la aplicación de una cantidad fija por cada hijo/a, lo cual beneficia a las pensiones más bajas, pero perjudica a las rentas más altas; eso sí, siempre y cuando hayan nacido vivos<sup>51</sup>, presupuesto que atenta contra la dignidad y la integridad física y moral de la mujer por obligarla a obtener un resultado objetivo<sup>52</sup>. Pues bien, en cuanto a su revalorización, teniendo en cuenta que tiene naturaleza de pensión pública contributiva, se aplica el criterio general previsto en el artículo 58.2 LGSS, esto es, conforme al IPC. Pero, además, el RDL 2/2023 prevé que será objeto de un incremento adicional del 10 % en el bienio 2024-2025. Para el año 2024 se ha cuantificado en 33,20 euros mensuales<sup>53</sup>, resultado

<sup>49</sup> INSS, Criterio de gestión 21/2023, de 7 de agosto.

<sup>50</sup> Según datos del INSS para el mes de junio de 2024, del total de los pensionistas con complementos por mínimos el 31,6 % son mujeres y el 15,1 % son hombres, disponible en <https://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/EstatisticasPresupuestosEstudios/Estatisticas/EST23> (consultado el 23 de julio de 2024).

<sup>51</sup> Si el feto es alumbrado muerto no debe tenerse en cuenta para devengar el complemento, *vid.* STS de 27 de febrero de 2023 (recurso núm. 3225/2021). Cabe destacar que, si bien la norma prevé ahora que el feto debe haber nacido vivo, no lo hacia el complemento por aportación demográfico, motivo por el cual se pronunció a favor de su reconocimiento en tal supuesto *POYATOS i MATAS, G.*, «Juzgando con perspectiva de género el complemento de maternidad. Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias 904/2019, de 11 de septiembre», *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 442, 2020, pp. 147-148.

<sup>52</sup> RAMOS QUINTANA, M. I., «El complemento por maternidad como acción positiva y su desnaturalización jurídica», *Trabajo y Derecho*, núm. 61, 2020, pp. 11-12.

<sup>53</sup> Artículo 78.2 del Real Decreto Ley 8/2023, de 27 de diciembre, por el que se adoptan medidas para afrontar las consecuencias económicas y sociales derivadas de los conflictos en Ucrania y Oriente Próximo, así como para paliar los efectos de la sequía (BOE núm. 310, de 28 de diciembre de 2023).

de la revalorización del artículo 58.2 LGSS y del incremento adicional de un 5 %. Una medida con la que se pretende acelerar la reducción de la brecha de género en las pensiones, aunque su importe sigue siendo irrisorio.

En suma, el efecto compensador de este complemento, pero bien formulado, sigue siendo necesario mientras no se cuente con una sociedad equitativa. Con tal objetivo, las reformas apuntadas revisan el modelo legal, incorporando una serie de medidas que de manera quirúrgica mejoran el diseño de determinados elementos del régimen jurídico aplicable.

## 7. LA NOVEDOSA HABILITACIÓN A LOS CONVENIOS COLECTIVOS PARA INCLUIR EDADES DE JUBILACIÓN FORZOSA EN SECTORES MASCULINIZADOS

La negociación colectiva constituye un valioso instrumento de compensación de desigualdades como eje del sistema institucional del marco democrático de relaciones laborales, y como tal, cumple y debe cumplir su papel contra la discriminación de las mujeres trabajadoras<sup>54</sup>. Por ese motivo, las reformas para hacer frente a la brecha de género en las pensiones también han alcanzado a la habilitación contenida en el ET para que los interlocutores sociales puedan incorporar edades de jubilación forzosa en los convenios colectivos<sup>55</sup>. En concreto, la Ley 21/2021 reestructura la disposición adicional décima del ET para incorporar un supuesto general y otro excepcional. Según la redacción dada al supuesto general, los convenios colectivos podrán incluir cláusulas de jubilación forzosa siempre que se cumplan los siguientes requisitos: en primer lugar, que la persona trabajadora tenga al menos 68 años; en segundo lugar, que tenga derecho al 100 % de la base reguladora; y, en tercer lugar, que se celebre un contrato indefinido y a tiempo completo con una nueva persona trabajadora. Se incorporan, así, dos novedades relevantes respecto al marco jurídico anterior: por un lado, la elevación de la edad de la jubilación forzosa, desde la ordinaria a los 68 años<sup>56</sup>, para favorecer la permanencia en el mercado de trabajo en pro de la sostenibilidad del sistema; y, por otro lado, la concreción de la política de empleo<sup>57</sup>, frente a la enumeración ejemplificativa de la redacción anterior, con el fin de evitar la amortización del puesto de trabajo. En definitiva, se endurecen las condiciones impuestas para la validez de las cláusulas de jubilación forzosa.

<sup>54</sup> En este sentido, PALOMEQUE LÓPEZ, M. C., «El papel de la negociación colectiva en pro de la igualdad efectiva de la mujer trabajadora, a enjuiciamiento», en AA. VV. (FIGUERUELO BURRIEZA, A., Dir.), *Perspectiva de género en la negociación colectiva: análisis por sectores feminizados y masculinizados*, Bomarzo, Albacete, 2013, pp. 21-22.

<sup>55</sup> En relación con esta habilitación, la STJUE de 16 de octubre de 2007, asunto Palacios de la Villa, C-411/05, dictaminó que no implica una discriminación por razón de edad si la medida está ligada a una política de empleo. En sentencias posteriores, el mismo tribunal declaró que los Estados miembros y, en su caso, los agentes sociales a nivel nacional disponen de una amplia facultad de apreciación para definir las medidas de empleo, entre otras, SSTJUE de 19 de septiembre de 2018, asunto Bedi, C-312/17; y de 26 de septiembre de 2013, asunto HK Denmark, C-476/11. Por su parte, la STC 8/2015, de 22 de enero, desestimó la posible vulneración del derecho al trabajo de la persona cuyo contrato se ve extinguido, justificándose «constitucionalmente en el objetivo de promover el reparto o redistribución del trabajo facilitando de esta manera el ejercicio del derecho al trabajo de otros».

<sup>56</sup> La elección de esta edad no es casual, ya que los datos estadísticos de la Seguridad Social ponen en evidencia que la edad media de la jubilación demorada se sitúa en los 68 años, disponible en <https://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/EstadisticasPresupuestosEstudios/Estadisticas/EST23/EST44> (consultado el 19 de julio de 2024).

<sup>57</sup> Se trata de una reivindicación que ya había realizado la doctrina, puesto que la falta de concreción legal no aseguraba que la salida del mercado laboral vía jubilación forzosa diera lugar automáticamente y de manera inmediata a la contratación de una persona joven desempleada o en busca de su primer empleo, en este sentido, FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, J., «La jubilación forzosa como causa extintiva de la prestación de servicios. El perpetuo viaje de ida y vuelta en el devenir del instituto jurídico guadianesco por excelencia de la Seguridad Social y la negociación colectiva», AA. VV.: *Por una pensión de jubilación, adecuada, segura y sostenible. III Congreso internacional y XVI Congreso nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, Tomo I, La-borum, Murcia, 2019, vol. I, p. 251.

Pero lo realmente novedoso se encuentra en la adición del supuesto excepcional, que incorpora un mecanismo flexibilizador de la edad a modo de acción positiva en favor de la mujer<sup>58</sup>, al permitir que la edad de jubilación forzosa se reduzca hasta la ordinaria de jubilación cuando la tasa de ocupación de las mujeres trabajadoras en alguna de las actividades económicas correspondientes al ámbito funcional del convenio sea inferior al 20% de las personas ocupadas en las mismas<sup>59</sup>. Con esta medida, el objetivo perseguido en el supuesto general y referido al fomento del retraso en el acceso a la pensión pasa a un segundo plano, primando favorecer el empleo femenino; adviértase que esta situación de infrarrepresentación no es predictable de la empresa en cuestión, sino del concreto sector de actividad. Y si bien no puede darse un listado cerrado de actividades económicas afectadas, la memoria que acompañó al anteproyecto de ley recogía una tabla con aquellas actividades económicas en las cuales la mujer no alcanza el 20 % de representación<sup>60</sup>.

En todo caso, esta medida de discriminación positiva se contempla en términos potestativos, por lo que su introducción en el convenio colectivo dependerá de la habilidad y sensibilidad que muestren los sujetos negociadores, habiendo sido más efectivo que se hubiera previsto con carácter obligatorio<sup>61</sup>. No obstante, la Ley 15/2022 ha previsto en su artículo 10.3, bajo la rúbrica «negociación colectiva», que «la representación legal de los trabajadores y la propia empresa velarán por el cumplimiento del derecho a la igualdad de trato y no discriminación en la empresa por las causas previstas en esta ley y, en particular, en materia de medidas de acción positiva y de la consecución de sus objetivos», por lo que ha venido a depositar en los interlocutores sociales un deber de vigilancia en este sentido.

En cuanto al objetivo de empleo previsto en el supuesto excepcional, se mantiene la exigencia de una contratación indefinida y a tiempo completo, pero con tres singularidades: en primer lugar, se requiere que sea de al menos una mujer, por lo que el proceso de selección debe estar acotado a ellas; en segundo lugar, la norma no exige que sea una «nueva persona trabajadora», como así se requiere en el supuesto general, por lo que podría ser la conversión en indefinido de un contrato de trabajo temporal de una mujer que ya estuviera en plantilla; y, en tercer lugar, la contratación debe celebrarse de manera simultánea a la extinción contractual de la persona madura, circunstancia temporal que tampoco se advierte en el apartado primero de la norma.

Y, en fin, se mantiene en este supuesto excepcional el derecho al 100 % de la base reguladora, pero se incorpora la exigencia de un control previo por los representantes de los trabajadores.

<sup>58</sup> En este sentido, PERÁN QUESADA, S., «El nuevo régimen jurídico de la jubilación forzosa», *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, vol. 27, 2022, p. 100.

<sup>59</sup> Las actividades económicas que se toman como referencia para determinar el cumplimiento de esta condición están definidas por los códigos de la CNAE que se hayan incluido en el ámbito del convenio aplicable al realizar su inscripción en el Registro y depósito de convenios y acuerdos colectivos de trabajo y planes de igualdad. La Administración de la Seguridad Social facilitará la tasa de ocupación de las trabajadoras respecto de la totalidad de personas trabajadoras por cuenta ajena que haya en cada una de las CNAE correspondientes en la fecha de constitución de la comisión negociadora del convenio.

<sup>60</sup> La memoria destaca especialmente aquellas actividades en las cuales el empleo femenino es inferior al 15 %, en particular: silvicultura y explotación forestal; pesca y acuicultura; extracción de antracita, hulla y lignito; extracción de crudo de petróleo y gas natural; extracción de minerales metálicos; otras industrias extractivas; metalurgia; fabricación de productos metálicos; reparación e instalación de maquinaria y equipo; construcción de edificios; ingeniería civil; actividades de construcción especializada; y transporte terrestre y por tubería.

<sup>61</sup> Así lo reflexiona SIRVENT HERNÁNDEZ, N., «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», brief publicado en la página web de la AEDTSS, 2022, p. 5/5 disponible en <https://www.aedtss.com/el-impacto-de-genero-en-la-reforma-del-sistema-de-pensiones-especial-referencia-a-las-clausulas-de-jubilacion-forzosa-para-coadyuvar-a-superar-la-segregacion-ocupacional-por-razones-de-genero/> (consultado el 29 de diciembre de 2023).

dores, al prever que la decisión extintiva les debe ser comunicada, aunque sin fijar un plazo concreto, por lo que nada impide que se especifique en la cláusula convencional. Un derecho de información que no debería haberse limitado al supuesto de jubilación forzosa excepcional, debiendo haberse incluido a modo de apartado tercero para hacerlo extensivo al supuesto general, reforma que se propone a modo de *lege ferenda*, por cuanto los convenios colectivos deben contener medidas de control y seguimiento del cumplimiento y efectividad de los compromisos de empleo adquiridos<sup>62</sup>. En todo caso, cabe destacar que algunos convenios colectivos han extendido al supuesto general del apartado primero de la norma la obligación de información a los representantes de los trabajadores<sup>63</sup>.

El análisis de los convenios colectivos publicados tras la entrada en vigor del nuevo marco legal pone en evidencia la buena acogida del supuesto excepcional de la disposición adicional 10.<sup>a</sup> ET, al haberse recogido en diversos convenios de sector, tanto de ámbito estatal<sup>64</sup> como de ámbito autonómico<sup>65</sup>.

Por último, apuntar que el nuevo régimen previsto resultará de aplicación únicamente a los convenios que se suscriban tras la entrada en vigor de la Ley 21/2021 esto es, a partir del 1 de enero de 2022. Así se contempla en la disposición transitoria novena que se incorpora al ET. Los convenios colectivos suscritos con anterioridad y que contuvieran cláusulas reguladoras de la jubilación forzosa podrán seguir aplicándose en sus propios términos mientras sigan en vigor y con una limitación temporal, «hasta tres años después de la finalización de la vigencia inicial pactada». Así pues, las cláusulas que se recogieran conforme a la anterior regulación mantendrán su validez durante las sucesivas prórrogas, pero hasta tres años, salvo que antes se acuerde un nuevo convenio, lo que da un plazo razonable a la negociación colectiva para adaptar su regulación. De este modo, si la vigencia inicial pactada de un convenio fuera para el período 2021-2024 y se viera prorrogada, se seguiría aplicando el régimen de la jubilación forzosa tal y como estuviera previsto en el convenio, y por tanto conforme al régimen anterior, pero con el límite temporal expuesto, en el ejemplo tratado, hasta el año 2027. Se trata de un régimen transitorio generoso. Así pues, convivirán en el tiempo cláusulas de jubilación forzosa conforme a la regulación anterior, por haberse previsto convencionalmente antes del 1 de enero de 2022, con cláusulas de jubilación obligatoria previstas tras el 1 de enero de 2022 y acorde al nuevo régimen legal.

## 8. REFLEXIÓN FINAL

El logro de la igualdad entre mujeres y hombres en materia de prestaciones requiere conseguirlo previamente en el acceso al empleo y las condiciones de trabajo. Pero mientras ese objetivo no se consiga está justificada la adopción de acciones positivas en el plano de la protección social, fruto de la tutela reparadora del sistema ya que, de otro modo, el principio contributivo se vuelve en contra de la igualdad por razón de género. Por ello, el elenco de me-

<sup>62</sup> TOMÁS JIMÉNEZ, N.: «La jubilación forzosa en la negociación colectiva. Un análisis práctico», *Tribuna Social*, núm. 215, 2008, p. 58.

<sup>63</sup> Entre otros, convenio colectivo del sector de transitarios de Madrid (BO. Comunidad de Madrid núm. 266, de 8 de noviembre de 2022); convenio colectivo interprovincial del sector de la industria de hostelería y turismo de Cataluña (DO. Generalitat de Catalunya núm. 8827, de 5 de enero de 2023); convenio colectivo de trabajo para el sector de la actividad de limpieza de edificios y locales de la provincia de Burgos (BO. Burgos núm. 72, de 17 de abril de 2023).

<sup>64</sup> Entre otros, disposición adicional 5.<sup>a</sup> del convenio colectivo estatal de jardinería (BOE núm. 167, de 13 de julio de 2022), artículo 60.bis del convenio colectivo de bolsas y mercados españoles (BOE núm. 229, de 23 septiembre de 2022), artículo 69.bis del convenio colectivo de empresas de seguridad (BOE núm. 299, de 14 diciembre de 2022), artículo 19 del acuerdo marco del sector de la pizarra (BOE núm. 128, de 30 de mayo de 2022).

<sup>65</sup> Entre otros, artículo 20.bis del convenio colectivo del sector del comercio del metal de Madrid (BO. Comunidad de Madrid núm. 234, de 1 octubre de 2022).

didas adoptadas merece una valoración positiva, pues logran la implementación de la recomendación 17.<sup>a</sup> del Pacto de Toledo. En unos casos, los correctivos han estado orientados a mejorar el acceso a la protección, como así ha ocurrido con la reforma del sistema especial de empleados de hogar, con la equiparación del trabajo parcial con el contrato a tiempo completo, con la mejora en el mecanismo de las cotizaciones ficticias, y con la novedosa acción positiva prevista en el procedimiento de integración de lagunas. En otros casos, las reformas se han formulado para mejorar la intensidad de la protección, revalorizando el complemento para la reducción de la brecha de género.

No obstante, las reformas apuntadas presentan algunas disfunciones que merecen ser destacadas. Así, el mecanismo de las cotizaciones ficticias en los casos de reducción de jornada sigue sin alcanzar la totalidad del período por el cual se puede disfrutar el derecho. Y la acción positiva prevista en el procedimiento de integración de lagunas para las trabajadoras por cuenta ajena no se ha hecho extensible a las autónomas. Ambas limitaciones solo pueden explicarse por la primacía de un criterio economicista.

Pero, además, cabe destacar que hay importantes ausencias, al no haber introducido correctivos en la jubilación anticipada y en la jubilación parcial, ya que la exigencia de largas carreras de seguro se convierte en un obstáculo insalvable para muchas mujeres. Y todo ello sin olvidar que el plano asistencial no ha sido objeto de atención. El diseño de un sistema de pensiones con perspectiva de género es una exigencia constitucional y del Derecho de la Unión Europea, por cuanto un sistema de seguridad social no puede dejar de reconocer la contribución de los trabajos de cuidado para el desarrollo económico y social de un país. Por ello, las reformas recientes, aunque positivas, deben ser vistas como un primer paso hacia una revisión más integral y equitativa del sistema. En definitiva, es imperativo seguir avanzando en la implementación de políticas que aseguren no sólo la igualdad de acceso, sino también la igualdad en los resultados, garantizando que las mujeres no se vean desfavorecidas en ninguna etapa de su vida laboral y post-laboral.

## 9. BIBLIOGRAFÍA CITADA

- ALONSO PAULÍ, M.; VALENTÍN GAMAZO, A. M. y ALVARADO CAYCHO, G. R., *Novedades en la protección de la discriminación en materia laboral tras la Ley 15/2022*, Francis Lefebvre, Madrid, 2022.
- ARAGÓN GÓMEZ, C.: «La protección social del cuidado en el entorno familiar», en AA. VV. (MOLERO MARAÑÓN, M.<sup>a</sup> L, Dir.): *Ser mujer y mercado de trabajo: Dificultades, oportunidades y retos*, Aranzadi, Pamplona, 2022, pp. 663-702.
- BALLESTER PASTOR, M.<sup>a</sup> A., «Reformas en materia de protección social e impacto de género: un estudio crítico», *Temas Laborales*, núm. 112, 2011, pp. 51-90.
- BARRRIOS BAUDOR, G. L., «La protección de los trabajadores autónomos ante la jubilación», ponencia presentada en el XXXIV Congreso anual de la AEDTSS, Mérida, 30 y 31 de mayo de 2024, publicada en *Trabajo, edad y pensiones de jubilación*, Ministerio de Trabajo y Economía Social, Madrid, 2024, pp. 155-183.
- DANS ÁLVAREZ DE SOTOMAYOR, L., «Equiparación entre el servicio social de la mujer y el servicio militar obligatorio a efectos de la pensión de jubilación», *Temas Laborales*, núm. 170, 2023, pp. 85-114.
- FERNÁNDEZ-COSTALES MUÑIZ, J., «La jubilación forzosa como causa extintiva de la prestación de servicios. El perpetuo viaje de ida y vuelta en el devenir del instituto jurídico guadianesco por excelencia de la Seguridad Social y la negociación colectiva», AA. VV.: *Por una pensión de jubilación, adecuada, segura y sostenible. III Congreso internacional y XVI Congreso nacional de la Asociación Española de Salud y Seguridad Social*, tomo I, Laborum, Murcia, 2019, vol. I, pp. 237-252.
- FERRAJOLI, L., *Derechos y garantías*, Trotta, Madrid, 1999.
- GRAU PINEDA, C., *La brecha de las pensiones en España*, Bomarzo, Albacete, 2020.
- GRAU PINEDA, C. y RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, S., *Conciliación y Seguridad Social. La brecha de género en el sistema de pensiones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.

- MALDONADO MOLINA, J. A., «El borrador de reforma de la base reguladora de la jubilación y el incremento de los topes máximos de las bases de cotización y de las pensiones», *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 473, 2023, pp. 25-59.
- MIÑARRO YANINI, M., «En busca de algo de orden: una solución indemnizatoria categórica para el “varón doblemente discriminado”. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo 977/2023, de 15 de noviembre», *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 479, 2024, pp. 147-156.
- \_\_\_\_\_, «Nulidad por vulneración del principio de igualdad y por discriminación indirecta de las reglas de cálculo del porcentaje de la jubilación en los trabajadores a tiempo parcial. Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 91/2019, de 3 de julio», *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 439, 2019, pp. 178-188.
- PALOMEQUE LÓPEZ, M. C., «El papel de la negociación colectiva en pro de la igualdad efectiva de la mujer trabajadora, a enjuiciamiento», en AA. VV. (FIGUERUELO BURRIEZA, A., Dir.), *Perspectiva de género en la negociación colectiva: análisis por sectores feminizados y masculinizados*, Bomarzo, Albacete, 2013, pp. 17-22.
- PERÁN QUESADA, S., «El nuevo régimen jurídico de la jubilación forzosa», *Revista Internacional de Doctrina y Jurisprudencia*, vol. 27, 2022, pp. 95-110.
- POYATOS i MATAS, G., «Juzgando con perspectiva de género el complemento de maternidad. Comentario a la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Canarias 904/2019, de 11 de septiembre», *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 442, 2020, pp. 141-148.
- RAMOS QUINTANA, M. I., «El complemento por maternidad como acción positiva y su desnaturalización jurídica», *Trabajo y Derecho*, núm. 61, 2020, pp. 11-15.
- \_\_\_\_\_, «El complemento por maternidad en el sistema de seguridad social: las compensaciones implícitas en su código genético y la erosión de una acción positiva», *Revista de Derecho Social*, núm. 89, 2020, pp. 121-150.
- RODRÍGUEZ BRAVO DE LAGUNA, J. J., *Dimensiones jurídico-laborales del derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral*, Aranzadi, Pamplona, 2015.
- SIRVENT HERNÁNDEZ, N., «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», brief publicado en la página web de la AEDTSS, 2022, disponible en <https://www.aedtss.com/el-impacto-de-genero-en-la-reforma-del-sistema-de-pensiones-especial-referencia-a-las-clausulas-de-jubilacion-forzosa-para-coadyuvar-a-superar-la-segregacion-ocupacional-por-razones-de-genero/>
- TOMÁS JIMÉNEZ, N.: «La jubilación forzosa en la negociación colectiva. Un análisis práctico», *Tribuna Social*, núm. 215, 2008, pp. 52-59.
- TORTUERO PLAZA, J. L., *50 Propuestas para racionalizar la maternidad y facilitar la conciliación laboral (del permiso de paternidad obligatorio... al apoyo a las PYMES)*, Civitas, Pamplona, 2006.
- VILLALBA SÁNCHEZ, A., «La discriminación por razón de sexo padecida por las empleadas del hogar familiar en la extinción de su contrato», *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 470, 2022, pp. 47-76.
- VILLAR CAÑADA, I., «La reforma del sistema de pensiones ¿Dónde queda —una vez más— la dimensión de género?», *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, núm. 468, 2022, pp. 97-128.