

“BRECHAS DE GÉNERO” Y SISTEMA ESPAÑOL DE SEGURIDAD SOCIAL: BALANCE CRÍTICO Y ALGUNAS PROPUESTAS DE CORRECCIÓN

“GENDER GAPS” AND SPANISH SOCIAL SECURITY SYSTEM: CRITICAL BALANCE AND SOME PROPOSALS FOR LEGAL CORRECTION

“La igualdad, no sólo entre sexos, es siempre una utopía jurídica, que continuará siendo violada mientras subsistan las razones sociales, económicas y culturales que siempre sustentan el dominio masculino. Pero esto no quita nada de su valor normativo. (...). 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”

L. FERRAJOLI. Derechos y garantías. Trotta. Madrid. 1999. p. 92.

Cristóbal Molina Navarrete. *Universidad de Jaén - España*
cmolina@ujaen.es

Resumen: En los últimos años, la lucha jurídico-social contra las desigualdades y/o las discriminaciones por razón de sexo no se juega sólo en el ámbito de las relaciones de trabajo, también en el de la protección social. Junto al movimiento a favor de la erradicación de la “brecha salarial”, ha surgido y se está desarrollando el que busca la corrección de las “brechas de género en protección social”. Las brechas de género en protección social son más difíciles de resolver que las brechas jurídico-laborales, porque además de depender del éxito de la solución de estas, exigen otras decisiones de tipo institucional, a fin de compensar las desigualdades no sólo de derecho sino de hecho, tanto en el mercado de trabajo como en la distribución sexista del trabajo de cuidar. El sistema español de seguridad social viene haciendo notables esfuerzos en tiempos recientes para reducir las brechas de género en pensiones públicas, y en otras ramas de protección del sistema de seguridad social. Sin embargo, los resultados no han tenido aún el éxito necesario para que la corrección resulte suficiente. De ahí la necesidad de ir más allá, tanto por parte del legislador como de los propios tribunales de justicia, a través de la interpretación con perspectiva de género en materia de seguridad social

Palabras clave: brechas de género, seguridad social, trabajo a tiempo parcial, sistema público de pensiones

Abstract: In recent years, the legal-social struggle against inequalities and / or discrimination based on sex is also played out in social security relations, not only in labor relations. Together with the movement in favor of the elimination of the "gender wage gap", another parallel is being developed aimed at reducing the "gender

gaps in social protection". Gender gaps in social protection are more difficult to solve than legal-labor gaps. First, because the gaps in social protection derive from gender gaps in the labor market. Second, because, in addition, they require other decisions of an institutional nature, to compensate inequalities not only in law but in fact, both in the labor market and in the sexist distribution of reproductive work. The Spanish social security system is making notable efforts to reduce the gender gaps in public pensions, and in other branches of social security system protection. However, the results have not yet been successful enough for the correction to be sufficient. Therefore, it is necessary to advance faster and faster in gender equality in terms of social protection. A task that mainly concerns the legislator, but also the courts of justice, through interpretation with a gender perspective on social security

Keywords: gender gaps, social security, part-time work, public pensions system

1 Introducción: Persistentes fracturas entre discursos y prácticas sobre “las brechas de género”

Ni en la concepción institucional estatal del sistema de seguridad social ni en la internacional la “*cuestión social de las brechas de género*” es una novedad. Al revés, ña incorporación del análisis de género en el estudio de los sistemas de previsión social, que hoy suele presentarse como una novedad en el ámbito académico, tiene una larga tradición, aunque sus proyecciones prácticas escaseen. Al respecto, la 89ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo -OIT-, tenida en 2001, incluyó en su orden del día una discusión general sobre la seguridad social atenta a la relación entre seguridad social y desigualdad de género. La Resolución y sus conclusiones fueron claras: no puede haber sistema justo de seguridad social sino se reordena globalmente atendiendo a los imperativos de la igualdad real entre los géneros (OIT, 2002; AGUIRRE, R.-SCURO SOMMA, L., 2010, pp. 9 y ss.). No fue fructífera en resultados, cierto.

Casi una década después, España, a través del denominado “Pacto de Toledo” (formalización institucional de una técnica de revisión periódica del sistema a través del consenso parlamentario y social sobre cuáles han de ser las pautas básicas de organización y protección del sistema de Seguridad Social -técnica hoy quebrada, tanto como desequilibrado financieramente estaría ahora el sistema-), se sumará a esa llamada a una reordenación del sistema de seguridad social en clave de igualdad entre mujeres y hombres. Así, la Recomendación decimoséptima del Informe de Evaluación y Reforma de 2011 asumía este mandato internacional:

“el sistema debe valorar la dimensión de género en materia de pensiones...en cuanto se ha constatado (1) la existencia de retribuciones diferenciadas, (2) mayores periodos de interrupción por cuidado de hijos o familiares en situación de dependencia o (3) mayores limitaciones en la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, entre otras *discriminaciones* que gravan más intensamente a...mujeres que a...hombres”.

Ahora bien, reconocer la gravedad de una cuestión social estructural, tomando conciencia de su injusticia, y promover el compromiso político-legislativo, así como de política presupuestaria, necesarios para solucionarlo, no garantiza ni la voluntad o el interés real de llevarlas a cabo por los poderes públicos ni, con frecuencia, la capacidad para hacerlo de modo eficaz, ni aun con cierto consenso social. Para huir del razonar en el vacío empírico de la afirmación teórica, evitando la crítica de pura especulación de la doctrina científica, siempre crítica con el sistema, pongamos algunos ejemplos recientes o no tanto, pero siempre ilustrativos. El primero nos lo proporciona la STJUE de 8 de mayo de 2019, C-161/18 (la STJUE de 8 de mayo de 2019, C-486/18, reflejaría que no somos los únicos, que Francia también tiene cuestiones análogas pendientes de resolver) para la protección social de las personas trabajadoras de sexo femenino a tiempo parcial, en particular en relación a la pensión de jubilación -dos años antes la brecha peyorativa por discriminación indirecta de sexo detectada por el TEJUE lo fue para la prestación por desempleo, pretendidamente corregida por el Real Decreto 950/2018, 27 de julio-. El interés de esta referencia está en que, como es bien sabido, llueve sobre mojado, pues lo que el TJUE viene a criticarnos es que, detectada la brecha años antes, la corrección del legislador lejos de resolver la cuestión discriminatoria por razón de sexo -además de por razón de forma de empleo- lo perpetúa (MOLINA, C., 2019, pp. 5 y ss.).

Ms allá de la cuestión de fondo afectada, lo más llamativo es la confirmación de que una cosa será aceptar la existencia de un problema estructural -discriminaciones, directas e indirectas-, así como la voluntad de reducirlo, y otra muy distinta comprender la naturaleza del problema real y la necesidad revisiones más profundas para que resulte efectiva la reforma. No es solo el legislador (y los interlocutores que negociaron con el gobierno la reforma legislativa urgida por el Derecho de la UE y su pretor imperator, el TJUE). El TC tampoco ha sido realmente consciente de las raíces más hondas del desequilibrio por razón de sexo del sistema, por lo que se ha mostrado insensible tanto a ellas como a su papel activo en la solución, al rechazar el canon de juzgar con perspectiva de género las brechas de género derivadas de auténticas discriminaciones, directas o indirectas, que el sistema viene abrigando, antaño (normas con arraigo tradicional) y hogaño (normas de reciente incorporación).

En este sentido, dejando de lado el asunto referido en relación al trabajo a tiempo parcial (pendiente de una cuestión de inconstitucionalidad en el seno del TC, que se resolverá como ha anticipado el TJUE, evidenciando su papel tributario y secundario respecto de éste donde convergen competencialmente), relevantes de esta profunda incomprensión de la cuestión social de la brecha de género en protección social han sido recientes decisiones del TC sobre varios aspectos que están en la base de todas las brechas de género: la maternidad. Me refiero a la STC 111/2018, 17 de octubre de 2018, que aceptó la legitimidad constitucional de la desigual duración, considerando que el problema de equiparación es responsabilidad del legislador ordinario, que puede, por lo tanto, elegir equiparar o no (LÓPEZ ANIORTE, M.C. 2018, pp. 30 y ss.), y al ATC 61/2018, 5 de junio, que, respecto al -novedoso- complemento de maternidad (art. 6o TRLGSS), legitima la diferencia peyorativa para ciertas mujeres -en relación a la jubilación anticipada por cese voluntario, art. 207 TRLGSS-, inadmitiendo la cuestión de inconstitucionalidad

No ignoro que el primer problema ha intentado atajarse -cierto que de una forma progresiva y no suficientemente eficaz- por el legislador (Real Decreto-ley 9/2019, que establece un programa temporal de equiparación de la duración de los ahora llamados permisos por nacimiento), aunque tenga más presente la implantación de garantías de nuevo cuño para corregir efectivamente la “brecha retributiva” (MIÑARRO YANINI, M., 2019). Tampoco desconozco que el segundo, si bien desde un aspecto parcialmente diferente (derechos del varón pensionista de jubilación contributiva cuando ha fallecido su cónyuge y madre de sus cuatro hijos, sin disfrute del complemento), será corregido, por enésima vez, con un revés del TJUE, una vez planteada cuestión prejudicial por uno de los órganos jurisdiccionales con mayor conciencia, sensibilidad y experiencia sobre la aplicación de la perspectiva de género en el juicio jurisdiccional (ATSJ Canarias/Las Palmas 7 de diciembre de 2018, rec. 850/2018; POYATOS, G., 2019, PP. 113-127). Sin embargo, nada de ello obsta para ilustrar cómo la reducción de las brechas de género en el sistema de seguridad social, no ya sólo de su rama principal, la de pensiones, seguirá siendo más una cuestión de horizonte jurídico (legislativo, jurisprudencial) que una real conquista de presente.

Para advenirlo de nuevo, ahora sobre datos cuantitativos e institucionales, basta con traer a colación un análisis comparado de la Memoria Económica con la Memoria del impacto normativo de las reformas operadas por la Ley 27/2011, 1 de agosto, sobre actualización, adecuación y modernización del sistema de Seguridad Social. La primera informó de que mientras casi el 76% de los pensionistas varones acumulaban periodos de cotización igual o superior a 35 años en esa fecha, apenas el 25 % de las mujeres reunían dicho periodo. Asimismo, constataba cómo a 3 de cada 4 mujeres se impediría el acceso a la jubilación a los 65 años con los cambios introducidos.

Pues bien, el Informe sobre Impacto de Género que incorpora *la segunda no tuvo rubor en afirmar que ni el aumento de la edad (de 65 a 67 años) ni del periodo de carencia para el cálculo de la pensión (de 15 a 25 años) tendrían efecto diferenciador: “atañen por igual a hombre y mujeres puesto que establecen las mismas reglas de cálculo y condiciones para el acceso a las prestaciones”*

La miopía, o la desidia de los poderes, son manifiestas, al limitar su análisis a la pura superficie (observación formal), sin atender a factores de desigualdad de fondo (mercado, socio-culturales, demográficos) que perpetúan, e incluso agravan, en la práctica, las “brechas de género” en pensiones (observación realista). Que el sistema español, a diferencia de otros¹, no fije edades legales diversas por sexo, no evita que éste sea fuente de graves desigualdades, a empezar por la edad real de jubilación, más tardía para ellas que para ellos -aunque la distancia se acorta-. Emerge una y otra vez la inmensa distancia entre los discursos político-institucionales (contra) “las brechas de género” -en pensiones-, cada vez más difundidos, y las prácticas reguladoras (así como interpretativas), a menudo, extremadamente contradictorias con aquéllos. De ahí, pues, la necesidad de avanzar más allá de la denuncia (sub-representación de las mujeres en el número de pensionistas por derecho propio, menor cuantía de la pensión contributiva, menor intensidad protectora, etc.), para aferrar el plano de las

¹ Vid. “Rusia aprueba subir la edad de jubilación hasta casi la esperanza de vida”. <http://www.elmundo.es/internacional/2018/09/27/5bace20ce5fdea3b5b8b4698.html>. Si bien la esperanza de vida cayó tras la desintegración de la URSS, ha ido creciendo y ahora es el índice más alto en su historia. De ahí la reforma preventiva del riesgo de insostenibilidad financiera del sistema

garantías de efectividad jurídica, en línea con un modelo de garantías de los derechos de protección social mucho más acorde con los imperativos, constitucionales y comunitarios, de igualdad.

Se es consciente de que el reto no es sencillo. Debe recordarse que los problemas de fondo traen causas profundas, arraigadas social, económica, cultural y jurídicamente, pues enlaza con el propio modelo contributivo mayoritariamente asumido (tanto cotizas, tanto percibes), frente a otros de corte más asistencial y redistributivo (reglas propias del principio de solidaridad protectora)², de un lado, y con *la distribución sexista de los diversos tiempos de vida y de trabajo, "productivo" y "reproductivo", de otro*. Una serie de "brechas de género" superiores a más intensos son los requerimientos contributivos, paramétricos (ej.: prolongación de periodos de cotización) o no paramétricos (factores de sostenibilidad basados en la esperanza de vida).

Por lo tanto, *el problema no derivaría sólo, o no tanto, ni de la condición de "mujer" en sí ni de las circunstancias del mercado para ellas (segregación femenina), sino también, y sobre todo, de cómo incide en una y otras la perpetuación social del desigual reparto de la responsabilidad por el trabajo de cuidar (reproductivo), aún centrado en las mujeres, en detrimento de su posición en el trabajo mercantil (productivo). En términos más directos, las mujeres solteras sin responsabilidad por el trabajo de cuidar mantienen un patrón de conducta (en el mercado y en el sistema de pensiones) análogo al de los hombres -tengan o no responsabilidad familiar-* (ALONSO SAN ALBERTO, D-PAZOS MORÁN, M., 2010, pp. 3-46; ALAMINOS, E., 2018, pp. 119 y ss.)

En suma, siendo un factor determinante, las desigualdades laborales no serán las únicas relevantes en el nacimiento y continuidad de las brechas de género en las pensiones públicas en general, y en el sistema de seguridad social en particular. Además tienen que ver mucho con esas mismas diferencias a lo largo de *"todo el ciclo vital"* de las mujeres, esto es, en todas las facetas de sus trayectorias de vida (laborales, personales). De ahí la necesidad de incluir otros factores, como las *"mutaciones socio-demográficas"*, o los *"cambios en la familia"* (tradicional tercer pilar o sector -junto al mercado y al Estado- de la solidaridad en la procura de bienestar), pero también los *factores "institucionales"*. En efecto, no hay sistema de pensiones, en todo tiempo y lugar, "neutral", "ciego" o "inocente" para la igualdad de género, pues tiene un papel muy significativo sea en la creación de las desigualdades de género, a menudo estrictas discriminaciones, sea en su corrección. En este estudio vamos a hacer un repaso por los principales, a fin de desvelar la persistencia tanto del problema (lentitud del proceso de cambio) cuanto de la incapacidad de afrontarlo de forma adecuada (deficiencias técnicas de ciertas medidas adoptadas para su corrección), para promover cambios de relieve, en un momento en el que, necesariamente, el nuevo gobierno deberá afrontar con decisión no sólo los desequilibrios financieros del sistema, inaceptables ya, sino también los de índole cualitativa, y en especial el vinculado al género.

² El Estado tiende a proteger en función de la relación de mercado tenida en el tiempo, no atendiendo al nivel de solidaridad social fijado en cada momento y sociedad, más propio de modelos asistenciales

2. Causas de las brechas de género en la protección de seguridad social: ¿puras derivadas de la desigualdad laboral?

Con carácter general, pero más en modelos contributivos, los sistemas públicos de pensiones se organizan “a imagen y semejanza” del prototipo socio-económico y normativo prevalente de trabajador. Sus paradigmas, parámetros y criterios se han seguido construyendo y desarrollando mayoritariamente según las expectativas de un varón que presta servicios toda la jornada (tiempo completo), permaneciendo en la misma empresa a lo largo de su vida productiva (relación indefinida). Y tiene, además, máxima disponibilidad para el trabajo productivo, en detrimento del reproductivo.

Aunque el sistema de Seguridad Social debe estar informado y conformado por el mismo principio de igualdad de género que rige para todo sector normativo (arts. 9 y 14 CE en relación a los arts. 14 y 51; arts. 20 y 21 CDFUE), también, como toda otra institución, adolece de “vicios jurídicos” (lagunas y antinomias) que contribuyen a sesgar en términos sexistas la protección social de las mujeres, con “doble jornada” (reproductiva y productiva) o solo una (reproductiva). Como es natural, este sesgo será mayor o menor, más visible o difuso, según el lugar y el tiempo. Consecuentemente, suele entenderse que las brechas de género en el ámbito de las pensiones públicas son de naturaleza “refleja” (OIT, 2018), no propias o directas (*brechas derivadas*), esto es, no traerían causa directa de la decisión normativa sino más de la desigualdad en el mercado, es decir, derivan de las brechas laborales (salarial, segregación ocupacional, techo de cristal, etc.). Sin embargo, *no debiera infravalorarse las brechas de género en pensiones propias del sistema* (brechas directas), unas *heredadas* (enfoque diacrónico o histórico) y *otras propias de nuestro tiempo* (enfoque sincrónico). Se insiste, ningún sistema público es -ni debe ni puede ser- neutro a la hora de organizar la protección social efectiva de las trabajadoras, de modo que o bien intensifica las “desigualdades sociales y laborales”, o bien las intenta corregir, o ambas cosas. El análisis del sistema público de pensiones lejos de ser pura “foto fija”, constituye más bien una serie de “películas” o de “relatos propios” sea de la “*historia del mercado de trabajo*” en el último medio siglo sea una “*historia del presente*”, económico y social, así como de las “*trayectorias de estados civiles*” (análisis arqueológico).

Desde esta perspectiva más institucional, conviene poner de relieve que todo el conjunto de reformas de los sistemas públicos de pensiones en los países más ricos, pero bajo la tiranía o la dictadura del valor de la austeridad económica, que ha puesto en el primer plano de la revisión del sistema el problema de la sostenibilidad financiera del mismo tendrá también un marcado impacto negativo de género, aunque se haya, por lo general, obviado. De este modo, si como reconoce la OIT (2016), toda persona trabajadora ha venido sufriendo la “brecha de protección social” derivada de las políticas impuestas por las leyes de la tiranía de la austeridad, las mujeres las experimentan de manera más intensa. Y ello sería así por la convergencia con las brechas de género tanto en el trabajo productivo (segregación ocupacional, precariedad laboral e informalidad) cuanto en el reproductivo (avasalladora mayor carga para las mujeres). Por lo tanto, el cierre de las “brechas de género laborales” será una **condición necesaria** para cerrar las “brechas de género en pensiones” pero ni

una "**condición suficiente**", ni menos aún, una solución inmediata, actual, pues corregir los desequilibrios sexistas del mercado de trabajo están llevando su tiempo.

En lo que concierne, a la citada agravación de las "brechas de género" en las pensiones ("*gender pensions gap*") por las "brechas laborales", no nos detendremos ni en sus causas ni en sus soluciones, pues son ampliamente conocidas, en la medida en que están cosechando un buen número de estudios, informes y análisis desde la economía, así como por organismos internacionales (OIT, OCDE, Foro Económico Mundial). Se coincide en señalar que, si bien la participación femenina en el mercado ha ido avanzando en los últimos años, cuantitativa y cualitativamente, se mantienen buena parte de los factores de diversidad peyorativa para las mujeres asociados a aquél (VARA, M.J., 2017; ALAMINOS, 2018): entre otros, menor tasa de actividad, en especial para las mayores de 30 años; mayor desempleo; segregación sectorial y profesional; mayor precariedad -parcialidad-, menores retribuciones, más trabajo informal, etc.). El resultado es claro: carreras de seguro más cortas y accidentadas (interrumpidas), y de menor intensidad en su cotización (por los menores salarios).

En este historial de carrera de seguro peyorativo no es menor la interacción con otro factor, socio-biológico, la maternidad y la también atribución sexista del trabajo de cuidar, cargado abrumadoramente sobre las mujeres. En la medida en que la decisión de la mujer suele tomarse al margen del puro "cálculo de mercado" para primar el de la "responsabilidad familiar", la condición de maternidad se convertiría también en *factor de segregación ocupacional y devaluación profesional*.

El presente y el futuro ponen de manifiesto una significativa, aún insuficiente, evolución de reducción de ese diferencial ("brotes verdes"), por la importante reducción de la tasa de mujeres que se ven obligadas a renunciar a su trabajo en el momento de la maternidad (y también en las etapas de crisis -como la de la última década-). Otros factores, cómo la prevalencia de las mujeres en el sistema educativo universitario, impulsará esta tendencia, superando viejas barreras, porque a más inversión en capacitación mayor será el interés de las mujeres en rentabilizarla (factor de incentivación) (CEBRÍAN, I. -MORENO, G., 2018, pp. 58 y ss.) Ahora bien, no bastará con incidir en las políticas de mercado de trabajo ni sólo en las políticas de conciliación de la vida laboral y familiar, sobre un modelo que no sea el de siempre, el de presuponer que las principales proveedoras de los servicios de cuidar (trabajo reproductivo) siguen siendo las mujeres. Además, *será determinante para la corrección de las brechas de género el propio sistema normativo-institucional de pensiones* (en general de protección social, ni siquiera sólo de seguridad social).

Así lo prueban los estudios comparados en el ámbito de la UE. De la revisión de la mayoría se desprende con nitidez que no *cualquier intervención compensatoria* (acciones positivas correctoras) *por el sistema de pensiones públicas sobre las varias desigualdades de género de facto* (sea en el mercado de trabajo sea en el resto de esferas de la vida social), *tienen la misma eficacia correctora*. Tampoco sirven, lo que es peor, *para erradicar las discriminaciones, sobre todo indirectas*, que persisten.

Que el cierre de las brechas de género en general, y en pensiones de manera particular, no es ni una cuestión fácil (simple), ni rápida ni mucho menos automática, sino que se precisa una fuerte reflexión y un preciso ajuste de los múltiples factores que inciden en su perpetuación, incluidas ciertas medidas modernas pretendidamente

correctoras, pero que terminan haciéndolas crónicas. Pocos y lentos son los cambios en la brecha de género en las pensiones. Así se desprende de Estudios disponibles al efecto en la UE, si bien para periodos no muy actualizados (2010-2012). En suma, *la tendencia es decreciente, pero con extrema lentitud y no siempre lineal*. El primer dato estadístico reseñable, nada halagüeño, es que en dos años se habría reducido, en promedio, un punto la brecha de género en pensiones, pasando del 39% en la UE-27 al 38% (BURKEVICA, I et alii, 2015).

El diferencial entre países es elevado, sin que quepa deducir, paradójicamente, que los países con menor brecha de género resulten los más garantistas o de mayor cobertura en su protección social. Y sin que haya tampoco, necesariamente, una relación directa y automática entre brecha salarial y brecha de género, valorada de forma global, pues inciden también factores institucionales, evidenciando la complejidad del análisis, también de las soluciones, claro. Así, el diferencial se situaría en una horquilla que va desde el máximo del 45%, que ocupa Alemania, típico modelo de cobertura contributiva, al mínimo del 5% para Estonia. También el sistema holandés, en su pilar básico, presenta una gran brecha de género, pues se situaría, hace 6 años, por encima del 40% (para la pensión pública, asistencial y mínima). Algo análogo sucedería para otro país prototípico del modelo asistencial-bedverigiano: es el caso del Reino Unido (40%).

Por lo que concierne a España, su **brecha de género en pensiones es inferior a la media europea** (su brecha salarial de género también está por debajo de la media, en este caso de la OCDE en lo que concierne a la brecha salarial de género: 11,5%, cuando la media es de 14,1%) (AUMAITRE BALADO, A., 2018, p. 15). La importancia de esta "brecha en pensiones" no está sólo en sí misma, sino también **en su incidencia en brechas especialmente indignantes: por ejemplo la propia de pobreza**. Los estudios más solventes disponibles ponen de manifiesto que no habría una brecha de género en pobreza relevante, cuando se estima en el conjunto de personas, pues el diferencial medio se sitúa sólo en un punto, sin que la horquilla sea extremadamente elevada (la máxima por país es de 5 puntos: Letonia). *Pero la valoración cuando se atiende a la variable edad avanzada refleja esa brecha: 18% para mujeres y 12% para hombres*.

La importancia de corregir la brecha de género en pensiones es máxima, en sí misma, y por su utilidad para resolver, a su vez, otras. Ahora bien, un problema de primer orden es contar con indicadores fiables tanto de la entidad de la misma en un momento dado (sincrónica) como de los factores que permitirían su evolución en la senda de la corrección. En esa dirección más objetivada y dinámica se orientaría el Parlamento Europeo, que pone de relieve como las brechas de género en pensiones son un "mal endémico" de la práctica totalidad de los sistemas, pero también corregible, no constituye ningún fatalismo del sistema (Parlamento Europeo, 2017)

Desde esta perspectiva más diacrónica, observamos cómo Dinamarca, que en una perspectiva sincrónica (medición en un determinado tiempo, hace 6 años) ofrecía un índice bajo de "brecha de género" (8 por cien), después de evidenciar una notable capacidad de evolución, mantiene esa proyección, situándose en el primer puesto de los países con mejor proyección en brecha de género en pensiones (índice FGPGI 91,6 puntos). Y lo mismo podría decirse con países como Lituania (12%), que mantiene una magnífica expectativa en la reducción de su brecha de género en pensiones, situándose en el segundo puesto de esa proyección de futuro. Del mismo modo, no

sorprende que países como Luxemburgo, que estaban claramente por encima de la media europea, también siga en esas posiciones críticas en la proyección de futuro (enfoque dinámico).

Sin embargo, muy llamativa es la situación de países como Alemania. Si bien ocupa el primer puesto en brecha estática de género en pensiones, *pasa a tener un gran puesto de preferencia en su capacidad de corrección de la misma*. De ahí que mantenga una posición superior en ese índice de brecha en pensiones con perspectiva de género (*puesto 12: índice FGPGI de 86,4 puntos*). Igual sucedería con países como Suecia, que si en 2012 presentaba una brecha de género en pensiones del 30 por cien, en los años sucesivos presentaba una magnífica proyección de futuro, pues su FGPIG se situaría en 89,8 puntos, *el tercero en el ranking europeo*. En cambio, *España, que se situaba en 2012 por debajo de la media europea en brecha de género, evidenciaría dificultades para ir en una dirección de clara corrección de esa brecha, al situarse también por debajo de la media europea en su proyección de salida o corrección en 2013* (si la media EU-28 se situaba en 85,1 puntos, España sólo alcanza 79,9 puntos, el penúltimo en la lista, sólo por encima de Italia y Grecia).

No podemos analizar con profundidad estos datos, de gran complejidad y poco actualizados. No obstante, sí conviene conocerlos, *porque ayudan a comprender el problema de fondo y avistar los caminos de solución*, al menos parcial y potencial. Deja clara la relevancia no sólo de la posición de las mujeres en el mercado de trabajo (historial de vida laboral), sino también la importancia del factor institucional.

3. El factor institucional para las brechas de género en protección social: entre corrección y perpetuación

3.1. La perspectiva de género en el sistema español de pensiones: repaso por algunas de las principales medidas de corrección de las brechas

Al igual que el resto de sistemas público de pensiones en los principales países de la UE, también el español ha ido incorporando, gradualmente, medidas orientadas a corregir las brechas de género en su seno, con intensidad y eficacia muy desiguales (BLÁZQUEZ AGUDO, E.M, 2019, pp. 159-194). De sus limitaciones e insuficiencias da también cuenta la creciente aparición de sentencias que, asumiendo directamente una perspectiva de género a la hora de interpretar y aplicar el sistemas de seguridad social, nos desnudan, precisamente, las “brechas legales”, que exigiría una revisión legal más profunda (ej. STSJ de La Rioja de 10 de enero de 2019, rec. 236/2018, para una muy importante flexibilización de los requisitos de acceso a la prestación por IT tras el goce de una excedencia por cuidado de hijos; STSJ Canarias/Las Palmas, 7 de marzo de 2017, rec. 1027/2016, para la pensión de viudedad, entre otras) (LÓPEZ ANIORTE, M.C., 2019, 2019, pp. 207-212).

Sin bien es cierto que las principales correcciones vendrían de la distribución igualitaria, no sexista, como hoy [pese a los muy importantes cambios legislativos auspiciados por el Real Decreto-ley 6/2019, sea en relación a la equiparación progresiva de permisos por nacimiento cuanto al modelo de conciliación bajo los parámetros de corresponsabilidad y de no ausencia del trabajo], de los tiempos de vida y de trabajo, el avance en la “cicatrización” o cierre de esas brechas puede -y

debe- venir de la mano de *medidas compensatorias* de esa *doble fuente* de persistentes *desigualdades de hecho* en pensiones y de *genuinas discriminaciones indirectas*. Al respecto, el centro de atención o de intervención legislativa se ha situado en la “madre de todas las brechas de género”, en la que sin duda es su causa más determinante, la “*brecha de maternidad*”. Desde esta perspectiva, se llama hoy la atención sobre la centralidad de este factor discriminatorio, hasta el punto de que las principales especialistas en estudios de género ponen de relieve cómo sería realmente el exceso de disponibilidad del varón para el trabajo (presentismo) lo que estaría incidiendo en las brechas, en especial salariales, pero también lógicamente en protección social. De ahí que el desafío esté en que las personas trabajadoras varones demanden de la empresa que quieren pasar más tiempo con sus hijos e hijas³.

Pero hay otros aspectos también intervenidos, aunque con eficacia limitada, sino disfuncional. En efecto, también se ha intervenido, no precisamente de forma voluntaria, sino más bien impuesta jurisprudencialmente, por el gran pretor comunitario, el TJUE, cierto instado por los niveles inferiores de la jurisdicción social nacional ordinaria, en las causas de índole laboral, no desconectada de aquélla, como la “*brecha entre géneros de parcialidad*” (prevalencia del trabajo a tiempo parcial en las mujeres). La referida STJUE de 8 de mayo de 2019, C-161/18, citada al inicio de este trabajo muestra lo muy resistente que resulta para el legislador adoptar las decisiones acertadas para corregir de forma real estos problemas. Volveremos sobre ello con algún detalle más ut infra.

Con carácter general, cabe constatar cómo el legislador español, según evidencia también el Parlamento Europeo (“*Gender Gap in Pensions: Looking ahead*”, 2017, p.9), ha venido primando, entre las varias medidas de políticas públicas para la corrección de las brechas de género en pensiones, aquéllas que corrigen las mayores interrupciones de carrera de seguro de las mujeres por el ejercicio real del trabajo de cuidar a hijos menores -más que en relación a familiares mayores dependientes-. La importancia de esta fuente de brechas de género se evidencia en relación a la brecha salarial. Esta resulta casi inexistente entre personas solteras y sin hijos (0,8 por cien), mientras que se situaría por encima del 35 por cien cuando se atiende a las diferencias de rentas entre hombres y mujeres con hijos que viven en pareja, según los datos del célebre EIGE (AUMAITRE BALADO, A, 2018, pp. 15-16).

En definitiva, *la potencialidad correctora de las brechas de género de este tipo de medidas, es alta. Sin embargo, como también se comentó ut supra, en modo alguna es automática, tampoco rápida.*

Con carácter general, en el catálogo de las medidas adoptadas para erradicar, o al menos corregir las diferencias de género, en algunos casos discriminaciones indirectas, del sistema español destacan las siguientes. A saber:

- a) *Las relacionadas de forma directa con la protección de la maternidad y con la “corresponsabilidad” en el “trabajo familiar”.*

3

https://elpais.com/economia/2019/06/21/actualidad/1561146842_711294.html?id_externo_rsoc=FB_CC&fbclid=IwAR35--M4l-2JvRqniAJ3sgxYAF34t5aC7HV1jk7WQijytqKefTHEyoYoAM

Sin duda es la más específica y clásica, evidenciando su régimen jurídico y su intensidad protectora diferentes líneas evolutivas. En este sentido, de un lado, destaca la flexibilización del régimen de las prestaciones de maternidad, a fin de evitar que se convierta en un factor distorsionador (desventaja) de su carrera de seguro social, de manera que el tiempo de baja no merme ni sus retribuciones, ni sus cotizaciones⁴. En gran medida, si bien con eficacia desigual, se trata de medidas dirigidas a proteger la relación de seguro de las trabajadoras madres mediante su desmercantilización los periodos de baja por maternidad, disociándola de la trayectoria de mercado, para que éste no las sigan “penalizando” este estado biológico-social. Una medida principal es el reconocimiento del subsidio no contributivo para las trabajadoras que no alcancen la cotización mínima (art. 181 TRLGSS).

De otro lado, emergen nuevas situaciones de necesidad asociadas a la maternidad y dirigidas a evitar esa penalización laboral. Sería el caso la de baja laboral por “riesgo biológico” durante el embarazo -así como de la lactancia natural⁵- ex art. 188 y ss. TRLGSS (carácter profesional -100 por cien de cobertura, al garantizar que se perciba íntegra la base reguladora, lo que no sucedía al inicio-). Esta medida no deja de plantear algunas cuestiones críticas de interés, porque, en realidad, pese a plantearse de forma subsidiaria, siendo preferente la tutela conciliadora con el trabajo efectivo (art. 26 LPRL: preferencia del deber empresarial de adaptación razonable del puesto), *termina siendo un modo de trasladar el coste desde la empresa a los poderes públicos, perpetuándose el modelo sexista.*

Esta tendencia a la socialización ha sido reforzada por el TS, en cuanto que, de nuevo a instancia jurisprudencial comunitaria, ha reducido extraordinariamente el nivel de exigencia para probar que existen riesgos específicos para la madre o para la persona concebida. La jurisprudencia aparece ya consolidada en tal sentido de garantía tuitiva social, si bien no propiamente profesional, como derivaría de una mayor efectividad del deber empresarial de adaptación razonable sin necesidad de baja, a partir de la doctrina Otero Ramos (SSTS, 4^a, 739/2018, 11 de julio y 667/2018, 26 de junio)

Finalmente, y en una dirección de fomento de la corresponsabilidad en el trabajo reproductivo de ambos géneros (progenitores, en el lenguaje inclusivo actual), destacó en su día el reconocimiento del *permiso de paternidad*. La tendencia evolutiva del mismo es claramente la de su equiparación con el permiso de maternidad. Desde esta perspectiva, se ha venido modificando al alza en diversas ocasiones, cierto que con una lentitud extremada, también desigual según se trata del empleo público o privado. Sin necesidad de entrar aquí en un análisis siquiera sucinto de la problemática creada, en el ámbito jurídico-laboral, también prestacional, por el Real Decreto-ley 9/2019 en su decisión -acertada- de establecer la total equiparación, si bien progresiva en el tiempo -lo que es fuente de desigualdades y de disfunciones para lograr el

⁴ Así, por ejemplo, se flexibiliza el periodo de cotización -inicialmente 180 días mínimo en los 5 años anteriores al hecho causante- atendiendo a la edad -inexistente para las menores de 21 años-, y modulado entre quienes tienen 21 a 26 (se reduce a la mitad -90 días-), también, pero menos, para las mujeres de 26 o más años -se mantienen los 180 días, pero se amplían los periodos de referencia para cumplirlos, que puede llegar a toda su vida laboral-.

⁵ La STS 323/2019, de 24 de abril desplaza la carga de la prueba y desde ahora se presumirá que la lactancia se mantiene todo el tiempo que dure la paga sin necesidad de acreditarlo periódicamente

objetivo de reducción de las diversas brechas de género, retributivas y de protección social-, sí merece la pena dejar constancia de esta reforma.

b) *Relacionadas con la protección de la familia: acciones positivas dirigidas a la bonificación de periodos de cotización (prima de cotizaciones ficticias)*

Ya se ha recordado que uno de los factores causantes de las varias brechas de género en pensiones es el relativo a las *desventajas de las mujeres en el mercado de trabajo a causa de las interrupciones de su actividad*, debidas al trabajo reproductivo o responsabilidad social por la actividad de cuidar -sobre todo a hijos menores-. De él se deriva el acortamiento de sus carreras de seguro social y la proliferación de lagunas de cotización, con la consiguiente mayor dificultad para sumar los periodos de cotización que se necesitan a la hora de acceder a una pensión (en especial de jubilación). En estos casos, la brecha de género en materia de protección social no derivaría sólo del modo de desempeñarse el mercado de trabajo en un contexto socio-cultural de distribución aún muy sexista de los tiempos de vida, sino de la incapacidad también del sistema para dar las debidas compensaciones, a fin de que esas diferencias de facto no terminen creando discriminaciones, directas o indirectas. Por eso, la rama de prestaciones familiares requiere de un plus de intervención compensatorio-correctora para conseguir que vayan más de la mano los progresos en igualdad de sexo-género y protección social una mayor equiparación tanto en la protección social como, por extensión, en la relación laboral.

Pues bien, para intentar compensar tales factores de desigualdad de hecho, las normas tienden a "bonificar", cuando se producen tales lagunas, las cotizaciones de las mujeres. Al respecto, *el TJUE ha asumido la legitimidad del fin compensatorio por compensar las desventajas sufridas en el desarrollo de su carrera* "por todos los trabajadores, independientemente de su sexo, que la hayan interrumpido durante un cierto lapso de tiempo para dedicarse a sus hijos". Y ello en la medida de que se trata de un objetivo legítimo de política social, si bien acepta también que tenga justificación las medidas de favor sólo para las mujeres, pero siempre que resulten coherentes y proporcionadas. En otro caso, serían constitutivas de una discriminación indirecta por razón de sexo inversa, es decir, en contra de los hombres (STJUE de 17 de julio de 2014, asunto Leone) (GÓMEZ GORDILLO, R., 2014, pp. 165 y ss.).

El legislador español es parcialmente consciente de esta limitación derivada del Derecho de la UE. Por ello, si bien preferencia las bonificaciones a las mujeres por sus interrupciones de carrera, a causa de la (mayor) asunción de las responsabilidades por el trabajo social de cuidar, no deja de reconocer otras de titularidad indistinta. Así sucedería, en el caso español, con los periodos de cotización asimilados por parto, los beneficios por cuidado de hijos y menores, o la consideración como tiempo cotizado de ciertos períodos de excedencia por cuidado de hijos (de menor acogido o de otros familiares), prima del 100% de ciertas cotizaciones como consecuencia de reducción de jornada por cuidado de menores u otros familiares, asimilación a cotizados de ciertos períodos de maternidad o paternidad que subsistan a la fecha de extinción del contrato -art. 165.6 TRLGSS-.

Se trata en su mayoría de auténticas acciones positivas:

- art. 235 TRLGSS (atribuye cotizaciones ficticias a favor de la mujer por razón del parto, cuando es evidente que no está prestando servicios)⁶,
- o la del art. 236 TRLGSS (asignación de un plus de cotización ficticia en virtud extinción del contrato de trabajo por razones vinculadas con la maternidad -sea biológica, por adopción o acogimiento-⁷),
- así como la del art. 237 TRLGSS (*se considera como cotizados los 3 años de cuidado de hijos, pero sólo el primer año* -de los dos que integran el permiso- cuando se trata del cuidado de personas dependientes)⁸.

Queda claro en nuestro sistema de pensiones que, de un lado, la posición de las mujeres resultan claramente beneficiada, si bien responde a una situación fáctica muy consistente, con lo que admite justificación, pese a que convendría revisar de una forma más seria el impacto real en el modelo de conciliación de la vida laboral y familiar -seguramente reproduce roles sexistas, en vez de corregirlos-; de otro, que se prima el cuidado de hijos respecto de los cuidados de familiares dependientes. Ni una ni otra situación está exenta hoy, como se dice, de críticas y de la necesidad de una evaluación más reflexiva, a la luz del Derecho de la UE (GUERRERO PADRÓN, T, 2003 n. pp. 64 y ss.)⁹.

c) *Complemento de maternidad por "aportación demográfica": ¿modernidad o crónica de una nueva involución carne de cañón para el TJUE?*

En claro contraste con las reformas de los parámetros del sistema dirigidos al reforzamiento de su carácter contributivo, el art. 6o TRLGSS consolidó una medida social, *en apariencia dirigida sólo a mejorar la cuantía de las pensiones contributivas* (jubilación, viudedad o incapacidad permanente) de las mujeres que hayan tenido hijos (naturales o adoptados). Ahora bien, bien mirado, en realidad, puesto que lo que

⁶ Como es sabido, a los efectos de las pensiones contributivas de jubilación y de incapacidad permanente, el art. 235 TRLGSS ordena computar a favor de la trabajadora solicitante de la pensión un total de 112 días completos de cotización por cada parto de un solo hijo, sumándole catorce días más por hijo si el parto fuera múltiple, salvo que, por ser trabajadora (o funcionaria) en el momento del parto, ya se hubiera cotizado durante la totalidad de las dieciséis semanas o durante el tiempo que corresponda si el parto fuese múltiple.

⁷ El beneficio se ordena de forma variable, según la escala prevista en el art. 6 RD 1716/2012, de modo que en 2018 se computarán un total de 243 días, y a partir de 2019 el período computable será de 270 días. En ningún caso el período a computar puede ser superior a la interrupción de la cotización. Aunque se trata de un beneficio de titularidad indistinta para cualquiera de los dos progenitores (adoptantes o acogedores), como sólo podrá ser reconocida a favor de uno de ellos, en caso de disputa, se reconocerá la preferencia del derecho de la madre.

⁸ Para una interpretación expansiva del mismo, sobre la conjunción tanto de la conocida doctrina del paréntesis (STS de 25 de mayo de 2010) como de la moderna metodología de enjuiciamiento con perspectiva de género, que atribuye un poder superior de recreación de la norma legal ya existente, por lo que puede orillar acudir al auxilio de los niveles superiores -TS, TC o TJUE-, de gran interés la citada STSJ La Rioja de 10 de enero de 2019

⁹ En especial de la Directiva 79/7/CEE del Consejo, de 19 de diciembre de 1978, relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social, cuyo art. 7 contempla este tipo de excepciones, pero de forma restrictiva y condicionada, además de transitoria. Hay que sumarle la Directiva 86/378/CEE del Consejo, de 24 de julio de 1968, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes profesionales de Seguridad Social, modificada por la Directiva 96/97/CE del Consejo, de 20 de diciembre de 1996 (esta refundida).

se tiene en cuenta es la “contribución demográfica” de dos o más hijos -no basta con uno-, tras esta medida no está sino la gran preocupación por la “sostenibilidad financiera” del sistema de la seguridad social. En última instancia, se reproduciría la vieja figura de los “premios de natalidad”, eso sí, en esta ocasión sólo para las mujeres, dejando fuera a los hombres (cuyo diferencial a favor en la cuantía es significativo), pero no para todas, sino para las que, con dos o más hijos, sufren “la doble penalización de la maternidad”, siempre que no hayan sacrificado su trabajo productivo al reproductivo. Por lo tanto, en lo más profundo del mecanismo subyace la idea de que lo mejor, en última instancia, para resolver el problema de desequilibrio financiero de la seguridad social es fomentar, de un modo u otro, la natalidad, que caería en cifras alarmantes según los últimos datos (más del 40 por cien en 10 años). Paradójicamente, la población española no deja de crecer y, en consecuencia, no parece que el gran problema, con ser relevante, sea el de la baja natalidad, pues la inmigración puede compensar sobradamente esa pérdida que, por otro lado, es connatural al desarrollo de la mujer en la sociedad en términos de una equidad real, incompatible con largas proles.

El beneficio de la medida consiste en aumentar la cuantía inicial de la pensión en un porcentaje en función del número de hijos (habidos o adoptados) anteriormente al cobro de la pensión. La escala contiene tres tramos: dos hijos: 5%; tres hijos: 10 %; cuatro o más: 15%.

La regulación adolece de ciertas *exclusiones subjetivas* (a los hombres, hayan o no ejercido permiso parental -lo que abriría la vía a plantearse si se ha creado o no una discriminación por razón de sexo invertida, esto es, en contra de los hombres¹⁰-; a las mujeres con solo un hijo, o a las que acceden a la jubilación anticipada voluntaria, y a las de jubilación parcial -que son bastantes menos que los hombres-; mujeres con pensiones no contributivas). También de *limitaciones cuantitativas* -carece de efectos retroactivos, pese a pretender compensar una deuda que se genera años atrás, pues afecta a la pensión reconocidas a partir de 1 de enero de 2016, con lo que quedaría creada una brecha por razón de edad dentro del mismo género; previsión tope máximo fijado para las pensiones públicas en la correspondiente LPGE). Ambas hacen dudar de su eficacia protectora y desde luego compensadora de las profundas brechas de género, de todo tipo, que la maternidad sigue conllevando para las mujeres.

En todo caso, además de que es evidente que por estas limitaciones y su escasa cuantía en modo alguno compensará nunca la brecha de género en la cuantía de pensiones contributivas, en especial de jubilación (hoy está situada en el mismo entorno del 40 por cien que hace unos años¹¹), hay también poderosas razones para

¹⁰ En la STJCE de 29 de noviembre de 2011, Griesmar (C-366/99), en relación a beneficios de pensión cuya concesión dependía únicamente del criterio relativo al cuidado de los hijos, consideró que las funcionarias y los funcionarios se encontraban, a la luz de este criterio, en una situación comparable, por lo que, al reservar dicha bonificación exclusivamente a las funcionarias con exclusión de los funcionarios que pudieran incluso probar que habían asumido el cuidado de sus hijos, dicha normativa había instaurado una discriminación directa por razón de sexo, contraria al artículo 14.1 CE. A raíz de esa sentencia el legislador francés debió modificar su regulación. Las dudas sobre la legitimidad del nuevo régimen en la STJUE de 17 de julio de 2014, asunto Leone (C-173/13).

¹¹ La brecha de género en los importes medios percibidos por los pensionistas de jubilación lejos de haberse reducido se habría incrementado. En este sentido, la brecha “ha aumentado para todos los grupos de edad excepto para el grupo de pensionistas comprendidos entre 65 y 69 años, en el que se ha

dudar de que se trate de una medida diseñada correctamente. De ahí la crítica que ha recibido por la mayoría de los analistas (DE LA FLOR FERNANDEZ, M.L., 2016, p. 127), porque está construido sobre presupuestos altamente involutivos. En este sentido, no sólo iríamos lentos en la solución del problema sino por el camino equivocado.

Al respecto, queda claro que, por enésima vez, una medida teóricamente dirigida a favorecer la igualdad de trato de las mujeres, sobre la base de reforzar la conciliación de la vida laboral y familiar, supone, en realidad, la consolidación del viejo modelo sexista de reparto del trabajo de cuidar, porque asocia la conciliación al trabajo femenino, compensando solo a ciertas mujeres para que pueda compatibilizar el trabajo familiar con el retribuido. Un modelo que hoy sería contrario no sólo al diseño constitucional de la protección de la familia en relación al principio de igualdad ex art. 14 CE, sino también al Derecho de la UE (SSTJUE 30 de septiembre de 2010, C-104/09, Roca Álvarez y 17 de julio de 2014, asunto C-173/13, Leone, entre otras). En suma, la regulación está llena de contradicciones e incoherencias, con lo que no sólo ha quedado cuestionada su validez comunitaria, sino su propia eficacia social, es decir, su efecto útil, un elemento central para su legitimación desde el Derecho europeo (sentencia Leone).

Por supuesto, no altera en nada esta crítica y mi convencimiento sobre la urgente necesidad de una reforma profunda el que el citado ATC 61/2018 lo avalara. Como ya se ha indicado en otros lugares, en este caso, la posición jurídica correcta es la expuesta y defendida por los dos votos particulares que contiene, debiéndose haber admitido, y, a mi juicio, estimada la cuestión de inconstitucionalidad. Por eso es de valorar de manera muy positiva la cuestión prejudicial suscitada, aun sobre aspectos parciales, por parte de la sala de suplicación social canaria (Las Palmas) en torno al mismo. Sin asumir aquí una visión impropia del jurista, que no es ni un visionario ni un vidente, máximo ante el gusto por la justicia oracular que gasta el gran pretor imperator comunitario, sí creo que el TJUE le dará la razón a la sala canaria, pues la contradicción con el Derecho de la UE parece obvia. Son manifiestas las similitudes con el asunto Griesmar (STJUE 29 de noviembre de 2001, C- 366/09), relativo al carácter discriminatorio de una legislación del país galo, en la que se atribuía una cotización ficticia a las funcionarias que hubieran sido madres en el momento en que accedieran a la pensión de jubilación. El Gobierno francés, como el español, defienden la legitimidad de esa medida porque su razón de ser es puramente compensatoria de las desventajas de las funcionarias con hijos a su cargo, aunque no hubieran dejado de trabajar (Apartado 51). El TJUE, sin embargo, en modo alguno aceptó la legitimidad de la diferencia de trabajo, negando que fuese una medida de ayuda a las mujeres en su vida profesional, pues al concederse en el momento del cese llega ya tarde, viene a decir, pues los problemas de esas desventajas, existentes, sin duda, no pueden corregirse ya. Por lo tanto, se trataba de una ficción desproporcionada.

d) Relacionadas con la pensión de viudedad, tan insuficiente como anacrónica

visto reducida desde un 39,12 por ciento en 2005 a un 28,97 por ciento en 2017. La reducción es particularmente notable en el importe medio de las altas (gráfico 11): si en 2005 la diferencia ascendía a 546,87 €/mes, en 2017 ha bajado a 319,38 €”. En suma, la evolución del mercado de trabajo va haciendo sus efectos en la corrección de la brecha, pero son todavía lentos y acotados a ciertas cohortes de mujeres.

Entre esas contradicciones estaría, curiosamente, el que queden excluidas del citado complemento mujeres con dos o más hijos que sólo accedan a una pensión no contributiva, pudiendo haber trabajado un periodo de tiempo, no suficiente para causar pensión contributiva, mientras que sí se incluye a mujeres que, aun habiendo dedicado toda su vida al trabajo familiar, resulten beneficiarias de la pensión de viudedad. No es sino un ejemplo más, que destaca por ser reciente en su implantación, perpetuando los defectos del pasado, tanto del exceso de lógica contributiva del sistema cuanto del persistir del patrón patriarcal dominante: el complemento de la mujer derivaría, en tales casos, no de haber reunido ella el presupuesto legal, sino de concurrir en su marido. Por razones justificadas, las pensiones de viudedad presentan un protagonismo muy especial en el debate sobre la modernización del sistema de pensiones, desde los más diversos puntos de vista, como lo miserable de su protección (bajísima intensidad), si bien representan un coste significativo (sostenibilidad financiera), cuanto por el exceso de anacronismo de su existencia. Pero la realidad es que sigue habiendo una extrema resistencia a su reforma, pese a resultar tan necesaria como urgente.

Como se sabe, originariamente obedecen a la situación de dependencia –sea económica, social y personal- de la mujer en el ámbito de la familia. La situación de necesidad era no sólo económica sino socio-cultural: *la compensación de la pérdida del sustento que derivaba del fallecimiento del marido*, responsable único del sustento de toda la familia, pues la mujer lo era “solo” del trabajo reproductivo (cuidar a los hijos, primero, luego a los ascendientes). Aunque la doctrina constitucional impulsaría un cambio notable en esta arcaica concepción, reconfigurándola como “una situación de desequilibrio económico y subsiste mientras se mantenga la causa que motivó su establecimiento legal” (STC 184/1990), reconociéndose también al viudo supérstite, la realidad precedente extendería sus efectos muchos años después.

Por eso, las principales “beneficiarias” de la pensión son las mujeres, no sólo de aquél entonces, también hoy, como acreditaría el hecho del leve incremento, pero aumento al fin y al cabo, de la participación femenina en las pensiones de viudedad en 2017 (1.323.225 personas mayores de 64 años, 98,32 mujeres) respecto del año 2005 (1.227.397 personas mayores de 64 años, 98,18 mujeres), a consecuencia de la mayor esperanza de vida de las mujeres. Los datos estadísticos evidencian también que esa brecha de género en pensiones invertida (a favor de las mujeres) ha decrecido para los grupos de mujeres más jóvenes -por su mayor participación en el mercado de trabajo, que hace que las mujeres con historiales de cotización completos aumente, generando una pensión al cónyuge supérstite, así como por el incremento de la esperanza de vida de los varones-. Este gran protagonismo de las mujeres en la pensión de viudedad, en un escenario laboral progresivamente mutado, también supondrá que sean las mujeres las que disfruten de doble pensión, de jubilación y viudedad, sin perjuicio de un ligero aumento en el número de pensionistas masculinos entre 2005 y 2018 (ALAMINOS, E., 2018, PP. 127-128; TINIOS, P., 2015). En suma, la brecha de género en pensiones de viudedad no sólo “favorece” a las mujeres en el número de titulares -al igual que en las prestaciones no contributivas-, también disfrutaran de una mayor cuantía que la de los hombres. La grave brecha de género en la cuantía de las pensiones medias de jubilación, pese al incremento del monto en las más recientes -a raíz de la mejora del mercado de trabajo de los años 80-, muta para la

pensión de viudedad, por razones análogas derivadas del mercado de trabajo: mejores historiales de cotización de los “maridos”.

Otros elementos de arcano social, de obsolescencia socio-cultural, habrían ido desapareciendo, o reduciéndose notablemente, con las sucesivas reformas legales. Así sucedió con la necesidad de relación matrimonial religiosa (por un rito formalizado y heterosexual), incluyendo ahora también al cónyuge superviviente unido por un matrimonio civil homosexual (nuevo concepto que se introdujo vía Ley 13/2005, de 1 de julio, que permite el matrimonio entre personas del mismo sexo) o las parejas de hecho, etc.¹².

También se han corregido otros efectos perjudiciales del sistema para ciertos colectivos de mujeres en este ámbito. Sería el caso de las situaciones de violencia de género¹³, que también son ya tenidas en cuenta por el sistema de pensiones, no siempre del modo más adecuado (ej. art. 207 TRLGSS -flexibiliza régimen de acceso a la jubilación, pero manteniendo largos periodos de cotización para anticipar la edad-), ni para todas las prestaciones del mismo modo. Piénsese, por ejemplo, en la prestación por desempleo, pues las dificultades de muchas de ellas, sobre todo las de mayor edad, para reunir los requisitos de carencia (cotización), las abocaría frecuentemente a las rentas activas de inserción -también prestación de la reama de desempleo, pero con un carácter claramente asistencial-. Esta es algo más liviana en los requisitos de acreditación de la situación (pese a que la doctrina judicial viene flexibilizando significativamente esta cuestión respecto de las prestaciones del Sistema de Seguridad Social), pero la cuantía es menor, de modo que la intensidad protectora se reduce, aunque, teóricamente, lleve aparejada igualmente una actividad de inserción ocupacional

e) Relacionadas con la mayor prevalencia del trabajo a tiempo parcial en las mujeres: una corrección inacabada a golpe de sentencia.

La convergencia de la segregación sexista ocupacional con la atribución igualmente desigual del trabajo de cuidar supone, a día de hoy, una mayor tasa de parcialidad para el trabajo de las mujeres, con las consiguientes dificultades mayores para acceder a una pensión contributiva. De ahí que se haya buscado correctores de la parcialidad, con un éxito relativo. Han tenido que ser, en gran medida, los Tribunales,

¹² De interés la situación de algunas minorías, étnicas o sociales. Así, la STEDH de 8 de diciembre de 2009 reconoció, en nuestro país, en contra de la doctrina constitucional, la pensión de viudedad a una mujer de etnia gitana que había contraído matrimonio por el rito propio de su etnia, basándose en el principio de prohibición de discriminación de las minorías. No obstante, no supone un reconocimiento generalizado, como acredita la reciente STS 58/2018, 25 de enero (con voto particular). De interés también en relación a la “poligamia”, la STS, Sala 3ª, 84/2018, 24 de enero, que reconoce una doble pensión de viudedad en estos casos, si bien repartida conforme a los años de convivencia).

¹³ Ha mantenido su carácter subsidiario respecto de la cobertura civil, a través de la pensión privada. Por eso es necesario que las personas separadas judicialmente o divorciadas sean acreedoras de la pensión compensatoria de acuerdo con el art. 97 del Código Civil. Para evitar sus efectos perversos respecto de las mujeres víctimas de violencia de género, que pueden no tener derecho a ella o haber renunciado a ella, primando su vida sobre su peculio, la Disposición Final Tercera de la Ley 26/2009, de 23 de diciembre, de PGE para 2010, vino a reparar esta situación al introducir la siguiente modificación en párrafo 2º del artículo 174 LGSS que continúa en el actual artículo 220.1, párrafo 3º: “tendrán derecho a la pensión de viudedad las mujeres que, aun no siendo acreedoras de pensión compensatoria, pudieran acreditar que eran víctimas de violencia de género en el momento de la separación judicial o el divorcio...”

con el impulso del TJUE, los que evidencien el desfase del sistema de pensiones respecto de estas formas "atípicas" de empleo, con la multiplicación de discriminaciones indirectas esparcidas a lo largo y ancho del sistema. El art. 4 de la Directiva 79/7/CE llevó a la STJUE de 22 de noviembre de 2012, Caso Elbal Moreno (C-385/11) a considerar discriminatoria, y contraria al derecho comunitario, la normativa reguladora sobre la cotización a tiempo parcial y los requisitos exigidos para causar derecho a prestaciones. La consecuencia fue una importante reforma legal en tal sentido (2013-2014).

Sin embargo, los problemas de discriminación indirecta subsistieron, como se ha evidenciado más arriba. Y ello tanto en relación a las pensiones como a la protección por desempleo, como nos volvió a afeer el TJUE, a instancia de la contestación judicial en ciertos niveles de jurisdicción social nacional "inferiores", descontentos una y otra vez tanto con la posición legislativa cicatera como con la conformista del TS con tales reformas restrictivas. Por eso, afrontada la corrección en la protección por desempleo con el Real Decreto 950/2018, 27 de julio, ahora habrá que atender la crítica de la STJUE de mayo de 2019, citada.

El TJUE acepta la adecuación de la técnica de la reducción de la base reguladora que supone la menor remuneración efectivamente percibida por menor jornada. Pero considera desproporcionado el coeficiente de parcialidad, que refleja la relación entre el tiempo de trabajo a tiempo parcial efectivamente realizado por el trabajador de que se trate y el tiempo de trabajo realizado por una persona a tiempo completo. Aunque asume la bondad del fin del art. 248.3 LGSS (aplicación de un coeficiente de parcialidad aumentado sobre el número de días cotizados), no lo valida por desproporcionado. A su juicio -correcto-, un coeficiente de ese tipo

"va más allá de lo necesario para alcanzar tal objetivo y representa, para el grupo de trabajadores que prestaron sus servicios a tiempo parcial reducido, es decir, por debajo de dos tercios de un trabajo a tiempo completo comparable, una reducción del importe de la pensión de jubilación superior a la que resultaría únicamente de tomar en consideración su jornada...*pro rata temporis*" (apartado 55).

Será, de nuevo, tiempo de la interpretación. Dado que estamos ante un principio general del Derecho de la UE, también un derecho social fundamental, su eficacia directa es innegable -en todo caso, son relaciones verticales, no horizontales-. A la sala de suplicación gallega compete decidir el porcentaje de jubilación aplicable. Parece que la solución será la eliminación del coeficiente para entender, como para la prestación por desempleo, que un día trabajado debe ser un día cotizado, de modo que el equilibrio del sistema esté en la menor cuantía de la prestación por la menor base reguladora. En cualquier caso, parece claro que, sea cual sea la solución de doctrina judicial, el llamado a la corrección es el legislador, que debería afrontarlo del modo más inmediato posible. Sorprende que en estos casos no haya tanto temor a las sanciones comunitarias por no hacer caso de la doctrina jurisprudencial a diferencia de lo que suele suceder en relación a otras materias, como las relativas a la competencia.

f) *Sistema especial de personas empleadas al servicio del hogar familiar: un lento e incompleto proceso hacia la igualdad protectora*

Sin duda representa un régimen propio de colectivos víctimas de un sistema intenso en discriminaciones indirectas, por su casi absoluta feminización y su carácter

precario, por lo que se construyó más que con referencia al RGSS por contraposición al mismo. Tras varios cambios parciales, la Disposición adición 39ª, de la Ley 27/2011, de 1 de agosto, promovió uno más general y determinante: la integración del Régimen Especial de Empleados de Hogar en el Régimen General como “Sistema Especial” (artículos 250 y 251 TRLGSS). Aunque esta mutación significó un importante nivel de mejora protectora, no aseguró la equiparación plena, por lo que las diferencias no sólo se perpetuaron en la relación de cotización -típico de un sistema especial-, sino también en la relación de protección (prestación) (GALA DURÁN, C. 2014, pp. 177 ss.)

Desde esta perspectiva, si las mejoras son evidentes en el ámbito de la protección de la salud (protección de los riesgos profesionales, incluye cobertura de la incapacidad temporal desde el día cuarto -los días desde el cuarto al octavo, ambos inclusive, son a cargo del empleador-), la equiparación en la cotización (idénticos tipos y bases de cotización al Régimen General, con un período transitorio de convergencia progresiva que finaliza este año) no ha servido para integrar la protección por desempleo (tampoco el principio de la automaticidad de las prestaciones). En cambio, y es de lamentar, sí ha frenado una plena regularización del régimen, cuya desigualdad avala el TC español. Además de ratificar el Convenio n. 189 OIT en esta materia, parece igualmente claro que el Gobierno nuevo tiene mucha tarea que hacer aquí también

3.2. Las brechas de género en pensiones con causa institucional ¿son cosa del pasado?: Algunas “nuevas brechas” del sistema

Como ilustran los diversos estudios que comparan sistemas nacionales de pensiones desde una perspectiva de género, las mejoras institucionales en la buena dirección de corregir las desigualdades de género en pensiones que tienen causa en el mercado de trabajo -y en condiciones socio-culturales del reparto del trabajo no mercantilizado-, ni las resuelven de modo eficaz siempre ni están exentas de crear nuevas brechas, e incluso nuevas discriminaciones, sobre todo indirectas. Se ha observado que en muchos Estados miembros, los sistemas de pensiones están diseñados para combatir algunas causas de la brecha de pensiones de género. En particular, se hacen concesiones para cubrir las discontinuidades de carrera para el cuidado de niños. Sin embargo, “la escala limitada de la redistribución del ingreso en combinación con los principios de indexación de las pensiones aún puede contribuir a ampliar la brecha de pensiones entre hombres y mujeres” (Parlamento Europeo, 2017, p. 39). Se ha visto en el caso del complemento de maternidad, pero también aparecerían en las más recientes reformas orientadas a reforzar el factor contributivo, esto es, la relación cotización-prestación (*factor de sostenibilidad, poda -parcial- de la jubilación parcial y de la jubilación anticipada, etc.*)

Así, junto a algunas limitaciones poco justificadas de ciertos beneficios en forma de bonificación de cotizaciones (art. 236 TRLGSS: cuidado de hijos), habría que destacar la ampliación de 15 a 25 años del período para el cálculo de la base reguladora (art. 209 TRLGSS-). Esta ampliación termina impactando de forma negativa en la cuantía de la pensión de las mujeres, más que en la de los hombres, por sus menores historiales de cotización, en virtud de las referidas “brechas de género derivadas” de las existentes en el mercado de trabajo. En consecuencia, una regla en apariencia neutra desde la perspectiva de género, se revela como una medida

penalizadora de las trayectorias laborales cortas, lo que redundará, como una eventual discriminación indirecta, más negativamente en las mujeres. A más se retrotraiga en el tiempo el periodo de cómputo (hoy hay una nueva ofensiva política en tal sentido, para ampliar ese periodo a toda la vida laboral), más fácil será que aparezcan lagunas de cotización y, en consecuencia, mayor será el efecto perjudicial para el colectivo de mujeres, sobre todo para las de edad más avanzada en el mercado de trabajo actual (CEBRÍAN LÓPEZ, I-MORENO RAYMUNDO, 2015)

Una reforma regresiva desde la perspectiva de género en la cuantía de las pensiones de jubilación que se refuerza con otros cambios en la misma dirección peyorativa (reglas para la integración de lagunas ex art. 209.1.1ª b) TRLGSS; ampliación del número de años para alcanzar el 100% de la pensión; límite cuantitativo a los complementos por mínimos situado en la pensión no contributiva ex art. 59.2 TRLGSS-). Consecuentemente, la pérdida de la progresividad del sistema precedente perjudicará más a las mujeres, cuya media de años cotizados es en torno a un 40% inferior a la de los hombres, siendo este menor historial de cotización un factor determinante en la mayor presencia de las mujeres en la percepción de los complementos por mínimos. De ahí que, además de elevarse legislativamente una nueva barrera para que las pensiones de jubilación las mujeres respondan al imperativo constitucional propio de la suficiencia (arts. 41 y 50 CE), en vez de remover las desigualdades que perpetúan la pobreza en las mujeres a ciertas edades -art. 9.2 CE-, se cree un nuevo obstáculo a la igualdad de género (Dictamen 2/211 del CES)

Un nuevo obstáculo introducido en las reformas paramétricas de 2011 que se reforzaría con otro derivado de la reforma no paramétrica introducida con la Ley 23/2013, y hoy suspendida provisionalmente, relativa al factor de sostenibilidad. Esta reforma supone un claro reforzamiento, desde criterios muy diferentes al pasado, del "principio contributivo" del sistema en detrimento del principio de solidaridad, hasta el punto de apuntar en la dirección de reintegrar en nuestro sistema elementos de "capitalización" (MONEREO PÉREZ, J.L. -FERNÁNDEZ BERNAT, J.A, 2013, pp. 215 y ss.), de modo que el diferencial de esperanza de vida se volvería en contra de la cuantía de las prestaciones. A mayor esperanza de vida, menor prestación. Por lo tanto, teniendo en cuenta la mayor esperanza de vida de las mujeres (en torno a 86 años en 2018) respecto de los hombres (en torno a 80 años en 2018)¹⁴, una vez más, una reforma legal aparentemente neutra desde el enfoque de género, al margen de su crítica general por la pérdida de suficiencia protectora, mutaría en un nuevo factor institucional que amplía la brecha de género en pensiones.

Otra vez, pues, las mujeres estarían "condenadas", de aplicarse el factor, a percibir una pensión inicial menor al disfrutarla durante más tiempo, compensándose así el riesgo de insostenibilidad financiera del sistema por la mayor esperanza de vida (factor demográfico), que se sumaría a sus carreras de seguro más cortas. En suma, un factor demográfico se usa (factor institucional: regla de cálculo frente al riesgo actuarial) para penalizar, si bien de forma indirecta, el derecho de las mujeres a igual

¹⁴ Según el indicador demográfico EUROSTAT. https://www.huffingtonpost.es/2018/08/09/las-mujeres-con-mayor-esperanza-de-vida-de-europa-son-las-vascas_a_23499513/. Las vascas son las mujeres europeas con mayor esperanza de vida, por lo que puede entenderse ahora también las mayores protestas de la ciudadanía vasca en relación a las políticas de pensiones

pensión que los hombres a iguales edades y cotizaciones, al margen de la diferencia de longevidad. ¿Nueva "discriminación indirecta por razón de sexo?"

Precisamente, este diferencial de género relativo a la esperanza de vida fue instrumentado por los seguros privados para reducir las pensiones lucradas por las mujeres a igualdad de aportación, por el mayor tiempo de disfrute (riesgo actuarial). La STJCE de 1 de marzo de 2011 (asunto C- 236/09, Test-Achats) invalidó la excepción prevista ex art. 5.2 Directiva 2004/113/CE, 13 de diciembre (igualdad de acceso a bienes y servicios), por el riesgo de hacer indefinida una excepción que debe ser transitoria. ¿Es trasladable esta doctrina al ámbito de los regímenes profesionales de seguridad social, en aplicación del art. 4 de la Directiva 79/7/CE?

En teoría sí; sin embargo, no parece tan claro a la luz de la discutida y discutible STJUE 3 de septiembre de 2014, Asunto C-318/13 (Korkein), que parece avalar tanto una cosa y la contraria, respondiendo a un estilo extremadamente oracular, tan del gusto de este Alto Tribunal. Así, si para el caso concreto (aseguramiento privado del accidente de trabajo, prestación del sistema de seguridad social), la diferencia indemnizatoria basada en la diferente esperanza de vida de mujeres y hombres estaría no justificada, con carácter general, a fin de calificar como una infracción del Derecho de la Unión «suficientemente caracterizada» tal regla nacional, por lo tanto constitutiva de uno de los requisitos requeridos para que se genere la responsabilidad del Estado miembro de que se trate, concluye el TJUE que

"...incumbe al tribunal remitente apreciar si se cumplen los requisitos para que se genere la responsabilidad del Estado miembro... ese tribunal deberá tomar en consideración...el hecho de que el Tribunal de Justicia aún no se ha pronunciado acerca de la licitud de la consideración de un factor basado en la esperanza de vida media en función del sexo al determinar el importe de una prestación abonada en virtud de un régimen legal de seguridad social... El tribunal remitente deberá igualmente tener en cuenta la facultad otorgada a los Estados... por el legislador de la Unión (artículos 5. 2 Directiva 2004/113 y 9.1 letra h) Directiva 2006/54). Dicho tribunal deberá además considerar que el Tribunal de Justicia declaró...que la primera de estas disposiciones era inválida, por vulnerar el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres".

La calculada ambigüedad del TJUE es manifiesta. Probablemente, en su foro interno asume que un cálculo de ese tipo no es compatible con el Derecho de la UE, pero también es sabedor de que buena parte de los países de la UE han llevado a cabo reformas movidas por automatismos de este tipo, por lo que deja el impulso a la Comisión o a los jueces nacionales y el futuro dirá.

4. Reflexión final: sin la debida equidad del sistema de protección social por razón de sexo la igualdad no puede tomarse en serio

Advertida la preocupación institucional, en el seno de la OIT, desde hace más de dos décadas, "las brechas de género" en materia de protección social en general, y de la rama de pensiones del sistema de seguridad social en particular, los Estados dejaron en un segundo plano "ocuparse" de su corrección real, centrándose, tampoco con excesivo éxito, cierto, en las provocadas en el ámbito de las relaciones de trabajo.

Constatado por los diferentes niveles de análisis y por los distintos movimientos sociales que el nivel más alto de insatisfacción del derecho a la no discriminación por razón de sexo estaba en la garantía de los “derechos-expectativas” en las relaciones de trabajo, a la mejora de su efectividad se habrían dirigido las reformas legislativas, nacionales y, en cierto modo también, comunitarias. Con el tiempo, sin embargo, los legisladores fueron conscientes de que esa violación real de los derechos-principios de igualdad de trato por razón de sexo y no discriminación por razón de género en el ámbito de las relaciones de trabajo luego se veía continuada, y en un momento donde tenía peor solución, en la protección social. Precisamente, aquí el principio contributivo de la mayoría de los sistemas legales creados para atender las demandas de protección social (se volvía en contra de la igualdad (función distributiva de sistema) por razón de sexo, por la vulnerabilidad mayor y desigualdad profunda en el mercado de trabajo (tanto aportas o aportan por ti, tanto recibirás). Aunque el problema se constata también en los sistemas asistenciales, tiende a ser menor, precisamente porque el principio de solidaridad juega con mínimos de cobertura, por tanto más fácil de igualar por razón de sexo (se iguala a la baja).

En los últimos años, sin embargo, el discurso institucional de “las brechas de género en materia de protección social”, también cada día más acreditadas por los datos estadísticos y los estudios de economía del trabajo ya disponibles, tiende a reflejarse, de forma parcial y desigual, en políticas -legislativas- y prácticas -interpretativas- que se han marcado como meta reducir las fracturas existentes hasta el momento entre ambos niveles de la regulación -el del deber ser, el del ser-. Aunque parece que el legislador tiende a concentrarse en la corrección de esas brechas en el ámbito de la rama propia de pensiones, el problema se constata en todo el sistema, sea en el ámbito de los subsidios por Incapacidad Temporal, de forma muy relevante, como en las prestaciones por desempleo, y más allá del creciente número de personas trabajadoras a tiempo parcial, e incluso de las trabajadoras al servicio del hogar familiar, colectivos feminizados por antonomasia.

Estas garantías de efectividad en aras de la equidad del sistema de protección social desde la perspectiva del sexo-género son de dos tipos. Unas van dirigidas a evitar o prevenir que aparezcan las diferencias (reglas contrarias a la discriminación, directa e indirecta). Otras, en cambio, buscan compensar esas diferencias con ventajas para las mujeres, a modo de acciones positivas. Aunque parecen más fáciles de establecer las de primer tipo, ni están todas la que son ni son todas las que están, perpetuándose más de una medida claramente discriminatoria, que exigiría una labor de depuración, mayor y más sistemática de las que ahora derivan de la purga, caso a caso, jurisprudencia. Las de segundo tipo siguen causando mayor problemática, no sólo por las dificultades para hallar el equilibrio entre los derechos y expectativas en juego, sino también por su mayor coste, y también por el riesgo de que generen nuevas discriminaciones, derivando en disfuncionales, como el complemento de maternidad, por ejemplo. Ahora bien, no debe confundirse la deficiencia en la conformación técnica de la acción positiva con su legitimidad, avalada plenamente por el TC y el TJUE.

Al respecto, si es cierto que *este tipo de medidas compensadoras más incisivas han de asociarse prevalentemente a la decisión de política legislativa de seguridad social con enfoque de género, no debe minimizarse tampoco el papel de las decisiones de política*

jurisprudencial de seguridad social con enfoque de género. Esto es, si, ha de quedar claro que la corrección de las brechas de género en protección social compete de forma principal al poder legislativo, *también la interpretación jurídica está concernida, de modo que juzgar con perspectiva de género constituya un criterio hermenéutico con arraigo generalizado en los distintos niveles de la protección multinivel* del derecho a la seguridad social equitativa por razón de sexo-género, que es un derecho fundamental, de carácter constitucional y comunitario. Esta perspectiva ya se está sumiendo, más allá de las cuestiones prejudiciales, recurrentes, en relación al trabajo a tiempo parcial. Un muy buen ejemplo de ello es la citada STSJ La Rioja 7/2019, de 10 de enero, que ha hecho una relectura del art. 237 LGSS orientada a la flexibilización de los requisitos de acceso a las prestaciones de IT por contingencias comunes -una de las más feminizadas del sistema, con su corolario de agravios en relación a la posición de los hombres, titulares por lo general de las prestaciones por IT por contingencias profesionales, protegidas de forma reforzada respecto de las comunes-.

La profunda innovación jurídico-social desde la perspectiva del género que supone este fallo la capta perfectamente la Mutua, que hace ver a la sala de suplicación que se ha ido más allá de la interpretación “imaginativa” para recaer directamente en la creación normativa. A su juicio, si ambos niveles de la jurisdicción tenían dudas de la constitucionalidad de la norma, deberían haberla cuestionado ante el TC, o, incluso, si albergaban dudas sobre su adecuación del Derecho de la UE, podía plantear cuestión prejudicial comunitaria. Pero lo que no podía, a su juicio, es orillar el tenor literal de la ley, tratándose de una materia prestacional, en la que rige el principio de libertad para la apreciación y distribución de recursos públicos del legislador, y conceder una prestación que supone innovar el sistema. Queda claro, sin embargo, que los límites jurídicos entre una actividad de interpretación integradora de sentido sistemático u ordinamental y otra de recreación normativa más allá del plan de la Ley conforme a los derechos de mayor rango de un ordenamiento no son nada fáciles de discernir, e implica siempre una neta opción de juicio de valor por los Tribunales. Es evidente que la doctrina de suplicación ha llevado a su máxima expresión la doctrina jurisprudencial de paréntesis (SSTS 20 de febrero de 2018, re. 1845/16 y 25 de mayo 2010, rec. 2345/09-, pero no por ello queda huérfana de fundamento jurídico positivo, dada la prevalencia del enfoque de igualdad de género ex art. 4 Ley Orgánica de Igualdad y 4 bis LOPJ).

En todo caso, la necesidad de una reforma integral del sistema desde el enfoque de género parece ya no sólo necesaria sino urgente, tanto por coherencia y justicia del sistema, como para evitar el estigma que ahora mismo recae sobre el entero sistema español de protección social: a las diferencias discriminatorias, no sólo desigualdades, por razón de sexo y género, en la protección contributiva, hay que sumar el velo de pobreza que cae mayoritariamente sobre la población femenina, más de la mitad de la española. En tal sentido, si las reformas deben empeñarse en el lado contributivo, parece claro que no es posible ignorar el lado no contributivo, pues mientras que aquellas tienen efectos mucho más intensos y duraderos, sostenibles en el tiempo, estas pueden tener efectos mucho más acelerados, aunque sea menores, pues depende básicamente de la componente de financiación no contributiva, esto es, del principio de solidaridad social. Avanzar en términos de garantías de mayor igualdad real presupone, naturalmente, políticas de mercado de trabajo que potencien la

estabilidad en el empleo y la igualdad retributiva, pero también requiere de medidas correctoras (factor institucional)- que afecten. Claro está, en esta lógica, de inmediato el debate enlaza con otro más amplio y complejo, cuál es cómo asegurar la viabilidad financiera de un sistema que, hoy muy profundamente desajustado, mira hacia una "re-fiscalización" financiera que, sin embargo, tampoco se vislumbra claramente, ante la contemporánea "crisis fiscal" del Estado de Bienestar, en la que convive crecimiento económico, desarrollo empresarial y limitada capacidad de los Estados para recaudar lo debido.

Sea como fuere, es evidente que estas reformas han de llegar, debiendo primar la razón social sobre la económica, entre otras cosas, porque, en el fondo, también hay una potente razón económica: el sistema de seguridad social propio de una sociedad civilizada y decente no puede dejar de reconocer la contribución que para el desarrollo económico, para la propia existencia vital, ha tenido y tiene el trabajo de cuidar, aunque este deba, ahora ya, también repartirse más equitativamente entre ambos miembros de la pareja. Desde esta perspectiva, en última instancia, todo el campo del Derecho de la Seguridad Social, en línea análoga al del Derecho del Trabajo:

"...deberían tener en cuenta las diferencias de sexo, no ciertamente para privilegiar a uno de los dos géneros, sino para respetarlas a ambos. Me parece que ésta es una preciosa indicación ofrecida por...la idea normativa de la "igualdad de capacidades fundamentales"..." (FERRAJOLI, L, 1999, p. 90)

5. Bibliografía

- Aguirre, R. y Scuro Somma, L (2010). *Panorama del sistema previsional y género en Uruguay. Avances y desafíos*, CEPAL-ONU, Chile, Serie Mujer y Desarrollo, pp. 9 y ss.
- Alaminos, E. (2018). "La brecha de género en las pensiones contributivas de la población mayor española". *Panorama Social*, n. 27, monográfico de economía sobre "Brechas de Género, n. 27, pp. 119 y ss.
- Alonso san alberto, D. y Pazos Morán, M. "Equidad y eficiencia en el sistema español de pensiones: una revisión crítica". *Papeles de trabajo del Instituto de Estudios Fiscales. Serie economía, Nº 4, 2010, págs. 3-46*
- Aumaitre Balado, A. "¿Dónde estamos en el camino hacia la igualdad de género? Una comparación internacional?". En *Panorama Social*, n. 27, monográfico de estudios de economía sobre "Brechas de Género", 2018.
- Bertranou, E. (2008) "Tendencias demográficas y protección social en América Latina y el Caribe", Serie Población y Desarrollo N. 82 (LC/2864 —P), Santiago de Chile, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), Febrero 2008
- Blázquez Agudo, E. M. (2019). "Trabajo de las mujeres y protección social", AAVV. *El futuro del trabajo: Cien Años de la OIT. Informes y Estudios MTMSS*. Madrid, pp. 159-194.
- Burkevica, I. et alii (2015). *Gender Gap in Pensions in the EU: Research Note to the Latvian Presidency. The European Institute for Gender Equality (EIGE)*.
- Cebrían Lópz, I. y Moreno Raymundo, G. (2015). "Tiempo cotizado, ingresos salariales y sus consecuencias para las pensiones: diferencias por género al final de la vida laboral", *Cuaderno de Relaciones Laborales*, Vol. 33 n. 2

- Cebrían López, I. y Moreno Raymundo, G.. (2018) "*Desigualdades de género en el mercado laboral*". En *Panorama Social*, n. 27 (monográfico sobre Brechas de Género), pp. 58 y ss.
- DE LA FLOR FERNANDEZ, M.L (2016). "*Reflexiones en torno a la pensión de jubilación desde una óptica de género: el nuevo complemento por maternidad*". *Revista de Derecho Social*, 76, Octubre-diciembre
- Ferrajoli, L. (1999). *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid.
- Gala Durán, C. (2014) "*La protección en materia de seguridad social de los empleados de hogar tras el RDL 29/2012*". AAVV. Relaciones laborales y Empleados del Hogar. Reflexiones jurídicas, Dykinson,
- Gómez Gordillo, R. (2014). "*Trabajo a tiempo parcial, jubilación y prohibición de discriminación sexual: revisión de la normativa española a la luz de la Unión Europea y la jurisprudencia del TJUE y el TC*". *Revista de Derecho Comunitario*, n. 47, pp. 165 y ss
- Grimshaw, d-rubery, J (2015). "*The motherhood pay gap: A review of the issues, theory and international evidence*". International Labor Office, Working Paper, n. 1/2015
- Guerrero Padrón, T. (2003). "*Directivas comunitarias sobre el principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres y Seguridad Social*". *Temas Laborales*, n. 68, 2003, pp. 64 y ss.
- López Aniorte, M.C. (2018). "*Hacia una regulación no discriminatoria de la protección por nacimiento de hijo o hija*", NREDT, 2014
- López Aniorte M.C. (2019). "*Juzgando con perspectiva de género: flexibilización de los requisitos de acceso a la prestación de incapacidad temporal tras el disfrute de excedencias por cuidado de hijo o hija*", *Revista Trabajo y Seguridad Social*, CEF, n. 433, abril 2019 (incluido en el monográfico de doctrina judicial social sobre juzgar con perspectiva de género)
- Miñarro Yanini, M. (2019). "*El nuevo impulso normativo contra la brecha retributiva entre sexos*", *Revista Galega de Dereito Social*, n. 8, 2019
- Molina Navarrete, C. (2019). "*Identidad europea, brechas de género y protección social: el Tribunal de Justicia de la Unión Europea desnuda persistentes discriminaciones indirectas por razón de sexo*", *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, 435, pp. 5-12.
- Monereo Pérez, J.L., y Fernández Bernat, J.A. (2013). "*El factor de sostenibilidad en España: ¿Un nuevo paso para el cambio silencioso del sistema de pensiones?*" *Revista de Derecho Social*, n. 62, 2013, pp. 215 y ss.
- PARLAMENTO EUROPEO (2017). *Gender Gap in Pensions: Looking ahead*, 2017.
- POYOTAS I MATAS, G. (2019). "*De la ética de cuidado feminizada a la ética del cuidado humanizado*". A propósito de la cuestión prejudicial planteada por el TSJC respecto al "complemento por maternidad", *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, 431, pp. 113-127
- OIT (2016). *Women at Work: Trends 2016* (Geneva)
- OIT (2018). *World Social Protection Report 2017–19: Universal social protection to achieve the Sustainable Development Goals* (Geneva).

OIT (2018) *World Employment and Social Outlook: Trends for Women 2018 -Global snapshot*

Vara, M.J. (2013) "Gender inequality in the Spanish Public Pension System". *Feminist Economics*, 19 (4), pp. 136 y ss.

Cómo referenciar este artículo/How to reference this article:

Molina Navarrete, C. (2020). "Brechas de género" y sistema español de Seguridad Social: balance crítico y algunas propuestas de corrección. *iQUAL. Revista de Género e Igualdad*, 3, 1-26, doi: 10.6018/iqual.386571.

Molina Navarrete, C. (2020). "Brechas de género" y sistema español de Seguridad Social: balance crítico y algunas propuestas de corrección. ["Gender gaps" and Spanish Social Security System: critical balance and some proposal for legal correction]. *iQUAL. Revista de Género e Igualdad*, 3, 1-26, doi: 10.6018/iqual.386571.