

De la auditoría retributiva a la reducción de la brecha de género en pensiones: ¿un nuevo complemento corrector que hay que tomar en serio?

Cristóbal Molina Navarrete

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Jaén
Coordinador del Grupo de estudios sobre «pensiones suficientes, seguridad social universal y democracia».*

Fundación Francisco Largo Caballero

cmolina@ujaen.es | <https://orcid.org/0000-0001-8830-6941>

Extracto

Las brechas de género en pensiones constituyen uno de los mayores desequilibrios cualitativos y cuantitativos que tienen los sistemas de Seguridad Social en la Unión Europea, y, sin duda, en España. La principal causa no está en el sistema, sino en las brechas de género en el mercado de trabajo, incluyendo la brecha retributiva. Algunas de las medidas ensayadas por la ley española han recibido la oposición del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Por eso, la ley española ha aprobado un nuevo complemento para las pensiones contributivas, con el objetivo de reducir la brecha de género, reformando el artículo 60 del texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social (mediante el RDL 3/2021, de 2 de febrero).

Este nuevo complemento de pensión contributiva, que no excluye a los hombres, pero beneficiará sobre todo a las mujeres (al menos 8 de cada 10 personas receptoras serán mujeres), resulta menos costoso para el Estado y algo más eficaz para reducir la brecha de género en pensiones que el anterior. Pero, además de que plantea algunos problemas aplicativos, no será suficiente para reducir de una forma significativa y rápida la brecha de género. En este estudio se da cuenta de sus principales novedades jurídicas, así como de otras cuestiones que tienen que ver con los avances y resistencias de los tribunales a remover las brechas de género en la Seguridad Social.

Palabras clave: brecha retributiva; igualdad de género; brecha de género en pensiones; pensión de viudedad; discriminación múltiple.

Fecha de entrada: 22-03-2021 / Fecha de aceptación: 22-03-2021

Cómo citar: Molina Navarrete, Cristóbal. (2021). De la auditoría retributiva a la reducción de la brecha de género en pensiones: ¿un nuevo complemento corrector que hay que tomar en serio? *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 457, 135-163.



From salary auditing to reducing the gender gap in pensions: a new corrective supplement to take seriously?

Cristóbal Molina Navarrete

Abstract

Gender gaps in public pensions constitute a serious qualitative and quantitative imbalance of Social Security systems in the European Union, and certainly also in Spain. The main cause is not in the system, but in the gender gaps in the labor market, including the wage gap. Some of the measures tested by Spanish law have been opposed by the Court of Justice of the European Union. For this reason, Spanish law has approved a new supplement for contributory pensions, with the aim of reducing the gender gap, reforming art. 60 of the consolidated text of the General Law on Social Security (by RDL 3/2021, February 2).

This new contributory pension supplement, which does not exclude men, but will mainly benefit women (at least 8 out of 10 recipients will be women), is less costly for the State and somewhat more effective in reducing the gender gap in pensions than the previous one. But this regulation raises some application problems, and it will also not be enough to reduce the gender gap in a relevant and fast way. This study gives an account of its main legal developments, as well as other issues that have to do with the progress and resistance of the courts to remove gender gaps in Social Security.

Keywords: wage gap; gender equality; gender gap in pensions; widow's pension; multiple discrimination.

Citation: Molina Navarrete, Cristóbal. (2021). From salary auditing to reducing the gender gap in pensions: a new corrective supplement to take seriously? *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 457, 135-163.



Sumario

1. Introito: persistentes brechas sociolaborales de género y necesidad de renovar sus garantías jurídicas correctoras
2. «De los polvos a los lodos» de inequidades de género en pensiones: todas nacen en las brechas sociolaborales
 - 2.1. Los costes económicos por pérdida de oportunidad de crecimiento: las brechas de género no solo son socialmente injustas, también resultan ineficientes
 - 2.2. Precariedad, «techo de cristal» y externalización alimentan la brecha retributiva, y esta las brechas en pensiones, pero el TS se aferra a la libertad de empresa
3. El complemento de las pensiones para reducción de la brecha de género: «transitorio», más equitativo y sostenible, poco eficaz
 - 3.1. «¿Horneando pan en vez de tortas?»: puntos críticos del nuevo complemento para la reducción de la brecha de género en pensiones contributivas
 - 3.2. Valoración: mejora la regulación técnicamente –aún no impecable–, pero mantiene una muy limitada eficacia para la corrección de la brecha de género
4. Una cuestión de género sorprendentemente «olvidada»: pensiones de viudedad y mujeres casadas por el «rito gitano»
 - 4.1. El bucle histórico de las pensiones de viudedad de las mujeres casadas por el «rito gitano»: ¿tropezando, una década después, con la misma piedra?
 - 4.2. Paradojas y contradicciones: la mayoría de las gitanas no se casan solo por un rito que hace de su virginidad un mandato cultural superior al legal
 - 4.3. El coste social de las oportunidades jurídicas perdidas: ¿cuánto tendrá que esperar la operatividad del concepto de discriminación de género multidimensional?
5. La perspectiva de género más allá de las pensiones: la infravaloración del trabajo de cuidar no remunerado en el régimen de IT
6. Reflexión final: el complemento, medida necesaria, no suficiente

Referencias bibliográficas

Para el derecho revolucionario francés del siglo XVIII, el amor a las leyes debía ser un atributo de la soberanía del pueblo y un deber para las instituciones representativas de aquella. Deben mostrarse virtuosas, es decir, actuar por amor a la igualdad para establecer buenas leyes que el pueblo obedecerá porque las amará: este es el horizonte del trabajo legislativo.

Yannick Bosc (*Robespierre et l'amour des lois*)

Tropecé de nuevo y con la misma piedra
en cuestión de amores nunca he de ganar
porque es sabido que el que amor entrega
de cualquier manera tiene que llorar.

Jorge Massias (*Con la misma piedra*)

1. Introito: persistentes brechas sociolaborales de género y necesidad de renovar sus garantías jurídicas correctoras

Para difundir en las redes sociales, no solo en la comunidad científica, nuestra pequeña [contribución a la celebración –digital– del 8M, día de la lucha internacional de las mujeres](#) (Miñarro Yanini y Molina Navarrete, 2021), la profesora Margarita Miñarro escribió, con enorme fortuna: «para la *RTSS.CEF* todos los días son 8-M». Y así es, y así debería ser para todas las personas e instituciones que amen los valores superiores sociales que preconiza nuestra Constitución (igualdad, justicia), sin reducir un ápice el valor de los liberales que también promueve (libertad –incluida la de empresa–, pluralismo). La realidad parece bien distinta. La lucha por el tránsito desde la igualdad normativizada de sexo (condición biológica)/género (condición sociocultural) hasta hacer de ella una realidad normalizada en el mundo de los trabajos (productivo y reproductivo) sigue tropezando con análogas piedras (de hecho y de derecho) del pasado. Una de las principales manifestaciones de la brecha laboral de género, la brecha retributiva, así lo evidencia (Martínez Moreno, 2019).

Desde hace más de 60 años, la igualdad de retribución entre mujeres y hombres por un mismo trabajo o un trabajo de igual valor es un principio fundacional de la Unión Europea (UE) ([Tratado de Roma de 1957](#)). A cada renovación del derecho fundacional (por ejemplo, art. 157 [Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea](#) –TFUE–) y del derecho derivado

(por ejemplo, [Directiva 2006/54/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio](#)), no solo se ha mantenido, sino que incluso se ha reforzado, hasta constituir un auténtico derecho social fundamental comunitario (arts. 20 y 21 [Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea](#) –CDFUE¹). Sin embargo, sigue siendo una «deuda pendiente» en toda la UE, y desde luego en España, porque ni la diferencia retributiva se ha reducido notablemente –desde luego no rápidamente–, ni tampoco las garantías jurídicas para prevenirla (de futuro) y erradicarla (de presente) son lo eficaces que deberían. No es una afirmación especulativa en el eventual vacío empírico de la razón doctrinal. Su consistencia empírica e institucional se advera con la iniciativa de la Comisión Europea sobre una nueva propuesta de directiva para reforzar el principio de igualdad de retribución entre las mujeres y los hombres por trabajo de igual valor, de modo que se mejore tanto la transparencia retributiva como los mecanismos de garantía de cumplimiento.

Esta nueva [propuesta de directiva, con fecha de publicación de 4 de marzo de 2021](#), en el marco de la Estrategia europea para la igualdad de género 2020-2025, tiene una especial significación para España. *Rara avis* (España es uno de los países de la Unión con más condenas por trasposición tardía del derecho de la UE), nos hemos adelantado a algunos de sus contenidos, en especial las obligaciones de transparencia retributiva. Sabido es que el 14 de abril de 2021 entrará en vigor el Real Decreto (RD) [902/2020, de 13 de octubre](#), de igualdad retributiva entre mujeres y hombres (norma de desarrollo reglamentario –tardío–, junto al RD [901/2020, de 13 de octubre](#), por el que se regulan los planes de igualdad y su registro, del [Real Decreto-Ley –RDL– 6/2019, de 1 de marzo](#), y que modificó el [art. 28 Estatuto de los Trabajadores –ET–](#)). Nacen, así, a la vida práctica de las empresas, tras su normativización varios años atrás, las –polémicas– obligaciones de registro y auditoría retributivos (García Campá, 2021). Aunque los objetivos de la propuesta de directiva son más amplios y ambiciosos que los estatales, no deberíamos infravalorar este adelantamiento en el derecho interno de algunas de las garantías más relevantes para erradicar la brecha retributiva de género del futuro derecho antidiscriminatorio comunitario del trabajo.

Ahora bien, al tiempo, tampoco deberíamos ignorar lo que significan estas iniciativas: la brecha retributiva, en particular, y las brechas sociolaborales, en general, son muy resistentes y de erradicación difícil, por más que se proclama una y otra vez en las normas que integran un gran sistema multinivel (internacional, comunitario y estatal) de protección. No se trata tan solo de reconocer lo arraigadas que siguen en la sociedad, y en el mundo del

¹ Cuya eficacia *erga omnes* (también entre particulares) ha sido reconocida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), si bien recuerda igualmente su aplicación únicamente en materias normativizadas por la UE, no si quedan extramuros. Así lo recuerda, para el artículo 20 de la CDFUE, la Sentencia del TJUE (STJUE) [de 17 de marzo de 2021, asunto C-652/19](#), respecto de un despido colectivo no ajustado a derecho conforme al régimen italiano (por cierto, sea tangencialmente dicho, la única persona empleada que pierde con esta sentencia –de las 350–, típica de «justicia comunitaria Poncio Pilatos», es una trabajadora italiana –que no será reintegrada por razones de derecho temporal–).

trabajo, las desigualdades (obstáculos fácticos), sino también las resistencias normativo-institucionales a avanzar mucho más rápido en la normalización sociolaboral de la igualdad de género normativizada (obstáculos normativos). Asistimos a la conjunción de dos factores que perpetúan el problema, o ralentizan hasta el extremo la solución eficaz: si el poder legislativo mantiene normas que, aparentemente neutrales en términos de género, perjudican a las mujeres (discriminaciones indirectas), el poder jurisdiccional tampoco acierta de forma suficientemente amplia a corregirlas, actuando en más de una ocasión como freno, él mismo, a progresar en esa garantía de equidad sociolaboral de género. Y ello pese a que sobre todas las instituciones y poderes públicos (legislativo, judicial y las autoridades administrativas garantes del cumplimiento de las normas) cargue, de un lado, un deber constitucional de remoción de los obstáculos que se opongan a la igualdad sustancial ([art. 9.2](#) en relación con el [art. 14](#) Constitución española –CE–) y, de otro, la obligación de ejercerlo conforme al principio internacional de la diligencia de equidad de género debida ([Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer](#)).

Por supuesto, prácticamente todos los días, la prensa y las redes sociales se encargan de recordarnos que las instituciones de garantía de cumplimiento actúan para corregir las prácticas de empresa perpetuadoras de la brecha retributiva de género. Son cada vez más las sanciones, tras el acta correspondiente de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social (ITSS), a las empresas (por ejemplo, [empresa de gestión integral de servicios de comedores escolares en Cataluña](#)) por discriminar (sea en la categoría de jefatura de cocina –la única mujer en ese puesto, frente a los tres hombres que también lo ocupan, percibe en torno a un 30 % menos de salario; las ayudantes de cocina percibirían casi un 40 % menos que los hombres en los complementos salariales). Aunque varía la gravedad en cada caso (en el ejemplo referido se sanciona por una infracción muy grave con algo más de 15.000 €), se confirma que estas prácticas están difundidas en el mundo laboral y que alcanzan una relevancia significativa (por ejemplo, para Cataluña un 22 % de diferencia salarial: 6.350 € menos de media anual –529 € al mes–; en el conjunto de España, para 2020 la brecha salarial se situó, según el informe «Brecha salarial y techo de cristal» de GESTHA –Sindicato de Técnicos del Ministerio de Hacienda–, en casi 5.000 €/año), e incluso crecieron en los últimos años, según ciertos [análisis](#).

La misma ejemplaridad, tanto en términos de conciencia sobre la trascendencia de la brecha retributiva como de diligencia debida en su corrección –más relativa respecto del efecto reparador y disuasorio–, podría encontrarse en recientes decisiones jurisdiccionales. Así, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia ([STSJ de Canarias/Santa Cruz de Tenerife 29/2020, de 20 de enero](#)), confirma tanto el derecho de una mujer investigadora en materia de salud a percibir un complemento de productividad mensual, al igual que el personal masculino investigador, cuanto el derecho a una indemnización por daños patrimoniales (lucro cesante) de 23.728,32 euros (cantidad equivalente al complemento dejado de percibir desde el inicio del contrato hasta la sentencia). A diferencia del informe de la ITSS –poco ejemplarizante–, que entendió inexistente la discriminación porque no es la empresa (Fundación Canaria para la Investigación Sanitaria) la que la creó, sino que se limita

a mantener el salario derivado de la sucesión de empresa, esto es, la discriminación procedía de la fundación de procedencia de la trabajadora, la sala canaria considera que no hay justificación alguna para esa perpetuación de la diferencia retributiva discriminatoria. Consecuentemente, «a una eventual discriminación por mera razón de la fecha de conversión del contrato en indefinido» (¿una suerte de «doble escala salarial»? –sobre la actualidad jurisprudencial de esta figura, de interés el [análisis del profesor Tomás Sala](#) en este número–) se une una discriminación por razón de sexo (FJ 30.º).

En cambio, no condenó –no se le pidió tampoco– por daño moral, pese a la automatización de la indemnización por tal concepto ex [artículo 183 de la Ley reguladora de la jurisdicción social](#) cuando se constata la violación de un derecho fundamental. Este déficit de diligencia judicial en el deber de reparación íntegra (así como disuasoria) de los daños por discriminación retributiva está muy extendido en la práctica forense social, lamentablemente, pues unas veces solo se reparan los daños patrimoniales (lucro cesante), otras solo los daños morales, y, a menudo, la indemnización no distingue entre unos y otros, sino que, ignorando el deber de vertebración judicial de daños, se fija unitariamente (es decir, confusamente), saliendo así al paso de las dificultades de deslinde en muchos casos (por ejemplo, la –muy interesante y sobre la que luego se volverá– Sentencia del Juzgado de lo Social –SJS– núm. 3 de Gijón 103/2020, de 14 de abril). Pero también podemos hallar experiencias en las que se cumple esa faceta vertebradora del deber de diligencia judicial reparadora de la brecha retributiva de género discriminatoria, como sería el caso de la [STSJ de Extremadura 399/2020, de 28 de octubre](#), que confirma la condena a Eulen (la empresa que se había subrogado en la posición empleadora de la anterior, Palicrisa, y que fue absuelta por prescripción de la acción), por mantener la discriminación retributiva previa en perjuicio de las trabajadoras, a las que privó del complemento de peligrosidad que los varones sí percibieron hasta su supresión: 2.701,68 euros por daños patrimoniales (el equivalente al plus de peligrosidad dejado de percibir discriminatoriamente) y 6.251 euros (estándar mínimo normalizado judicialmente) por daños morales.

Comprobamos, pues, cómo la extendida descentralización productiva (externalización) es fuente de perpetuación de las brechas retributivas de género discriminatorias (no justifica la diferencia), pero sabemos que la externalización es igualmente fuente creadora de profundas brechas de género retributivas. Así sucede especialmente donde las mujeres tienen una notoria sobrerrepresentación, como ocurre para uno de los colectivos más célebres en su lucha contra la precariedad laboral y la inequidad de género sociolaboral, como es el «movimiento Kelly», tan admirado socialmente como fracasado jurídicamente. Y ello porque ni el derecho legislado ha corregido aún la situación, pese a haberlo comprometido (anunciada reforma tanto del [art. 42 ET](#) como del [art. 84.2 ET](#)), ni tampoco el Tribunal Supremo (TS) parece proclive a su causa. Así lo evidencia la Sentencia del TS ([STS](#)) [197/2021, de 12 de febrero](#), que, al estimar el recurso contra la sentencia de duplicación que había aplicado el convenio de hostelería en vez del de limpieza, reitera una línea de política jurisdiccional del derecho favorable a la libertad empresarial de externalización y en detrimento de la equidad de género y de la prohibición de *dumping* social (principio social ex [art. 1.1 CE](#), prohibición

de ejercicio antisocial de las facultades empresariales ex [art. 7 Código Civil](#) –CC–). Volveré brevemente sobre ella más adelante, pues ofrece interés más allá de la cuestión retributiva (en la empresa, la mujer que alza una voz crítica es despedida –de ahí, la nulidad del despido–).

Esta tolerancia, por acción –permisividad *de facto*– u omisión –abstención correctora *de iure*–, del derecho legislado y del derecho jurisprudencial tiene importantes costes sociales (y, de conformidad con los estudios e índices más recientes, económicos), por ejemplo, en el campo de las relaciones de Seguridad Social. De un lado, sufre la función recaudatoria, porque a menor retribución respecto de la debida, más baja recaudación respecto de la esperable, por lo que las brechas retributivas de género injustificadas (discriminatorias) perjudican el equilibrio financiero del sistema de Seguridad Social y, por lo tanto, su sostenibilidad. De otro, la acción protectora, en la medida en que la perpetuación de las brechas laborales de género en general, en especial la retributiva, alimentan las brechas de género en pensiones, por lo que tiene un efecto reflejo o derivado muy pernicioso para las mujeres, igualmente.

Asumiendo lo intolerable de esta situación, a veces, la ley decide actuar, aunque sea de manera deficiente técnicamente. Y entonces enfrenta el riesgo de incomprensión jurisdiccional, nada menos que al máximo nivel, el del pretor comunitario máximo, el TJUE. Así sucedió con el polémico (defectuoso) «complemento por maternidad» ex [artículo 60 de la Ley general de la Seguridad Social](#) (LGSS) (más pensado como «premio de natalidad», por la contribución de la mujer a la demografía –papel que también cumple el varón–, que como acción correctora de los perjuicios derivados de la maternidad en su carrera de pensión), en virtud de la [STJUE de 12 de diciembre de 2019 \(asunto C-450/18\)](#). El TJUE, fiel a la concepción formal de igualdad que a veces exhibe, frena las acciones positivas de los derechos internos –pese a su aceptación abstracta y en virtud del art. 151 [TFUE](#)–. Por eso, cuando los niveles judiciales inferiores insisten en la corrección de esas brechas en pensiones, como en la pensión de jubilación anticipada voluntaria ([art. 208 LGSS](#); perpetuada en el [art. 60 LGSS anterior a su reforma](#)), el TJUE reitera su indiferencia por esta cuestión de género, prefiriendo defender, ahora sí, el equilibrio financiero del sistema. Así se deriva de la [STJUE de 21 de enero de 2021, asunto C-843/19 \(comentada\)](#) muy acertadamente, en este número, por Juan Antonio Maldonado).

En términos castizos o de refranero popular, el TJUE nos «hizo un pan como una torta». Como enseña el *Diccionario de la lengua española*, son todas aquellas situaciones que se hacen con gran desacierto o resultan muy mal. Y es que la conjunción de la deficiencia técnica legal y la inflexibilidad del TJUE no solo dobló su coste razonable (pago a mujeres y hombres), sino que agrandaba la brecha de género en pensiones, porque fijándose el complemento por porcentajes sobre su cuantía incrementaba el beneficio a quienes mejor posición tienen (los pensionistas varones). No puede sorprender, pues, que la ley intente corregir este doble desaguisado.

Aun abusando claramente del poder de autoridad de la «ley de urgencia», tras lograr que se aceptase por los interlocutores sociales en el diálogo social, el [RDL 3/2021, de 2 de](#)

febrero, por el que se adoptan medidas para la reducción de la brecha de género y otras materias en los ámbitos de la Seguridad Social y económico, trata de poner fin al doble desaguado jurídico y económico. Como reconoce la norma en su preámbulo, cuatro –no tres, como nos dice– serían los objetivos o fines perseguidos. A saber:

1. Reforzar la viabilidad de un sistema de Seguridad Social que reduzca al mismo tiempo la brecha de género en pensiones. A tal fin rediseñará completamente el [artículo 60 de la LGSS](#).
2. Mejorar los mecanismos de protección en favor de los colectivos que más lo precisan. A este fin (garantía social de las personas más débiles) dos serán las reformas básicas:
 - a) Enésima modificación del ingreso mínimo vital (IMV), ahora para eliminar barreras de acceso y mejorar la gestión, ante las rigideces surgidas en estos meses de fiasco. [Dio cuenta de estos cambios el profesor Santiago González Ortega](#) en este número.
 - b) Mayor tutela por incapacidad temporal (IT) del personal sanitario y sociosanitario contagiado de COVID-19, calificada como enfermedad profesional.
3. Garantizar la suficiencia de los recursos de familias y personas autónomas.
4. Asegurar la –maltrecha– asistencia sanitaria ante las dificultades de cobertura derivadas de la persistente pandemia, facilitando el retorno a la vida activa de las personas profesionales sanitarias jubiladas, compatibilizando contrato y pensión pública.

El objeto central de este estudio será exponer, analítica y críticamente, los aspectos más novedosos del actual «complemento de pensiones (contributivas) para la reducción de la brecha de género». Ahora bien, como se ha apuntado *ut supra*, esta cuestión de género en pensiones no solo nace bastante antes de los hechos causantes (sobre todo la jubilación), sino que desborda el ámbito de las pensiones para tener una incidencia global en el entero sistema de la Seguridad Social. Por lo que una mirada anclada únicamente en el nuevo complemento no resolverá, pese a lo que anuncia, el problema, ni lo previene ni lo agota. Por eso, en este análisis daremos alguna pincelada adicional tanto de las resistencias institucionales para poner fin a esa fuente principal que alimenta la brecha de género en pensiones (las brechas sociolaborales en general, y muy en especial la retributiva), así como de las nuevas garantías ensayadas para su corrección futura, como de algunas otras manifestaciones de esa brecha de género en prestaciones de Seguridad Social, y que hoy marca, como si de un bucle histórico se tratara, parte de la actualidad (por ejemplo, los déficits de coberturas por IT; pensiones de viudedad para las mujeres gitanas casadas por su «rito cultural»). Todo ello, por supuesto, sucintamente.

2. «De los polvos a los lodos» de inequidades de género en pensiones: todas nacen en las brechas sociolaborales

2.1. Los costes económicos por pérdida de oportunidad de crecimiento: las brechas de género no solo son socialmente injustas, también resultan ineficientes

Antes de afrontar de lleno el significado e impacto de la política correctora de las brechas de género en pensiones que conlleva toda buena medida orientada a reducirlas, como puede ser un complemento compensador, si bien diseñado, conviene no solo recordar cuáles siguen siendo las fuentes principales de las que emana (brechas ocupacionales y retributivas), sino también evidenciar el gran coste económico que tiene su no corrección, muy superior al de las medidas para erradicarlas (y prevenir las de futuro). En efecto, para quienes gustan de medirlo todo bajo el paradigma cuantitativo, atendiendo al equilibrio financiero (lógica de sostenibilidad económica), pese a la lógica cualitativa que centra el sistema (lógica de suficiencia protectora ex [art. 41 CE](#)), será clave conocer el enorme daño económico que produce la inequidad de género en el mercado de trabajo, en términos (jurídicos) de lucro cesante o (económicos) de costes por la pérdida de oportunidades de crecimiento debida a la inequidad de género sociolaboral. El índice ClosinGap (clúster de grandes empresas: Merck, Mapfre, Repsol, Vodafone, Meliá, Mahou San Miguel y Solán de Cabras, BMW Group, L'Oreal, PwC, Bankia, ONCE y Kreab), que mide el impacto económico de la falta de igualdad, lo ha fijado en el 18 % del producto interior bruto (PIB) para 2019. Esto es, [la brecha retributiva nos ha privado de 230.000 millones de euros](#) (la COVID-19 nos ha costado –«solo»– un 11 % del PIB del 2020 y nuestras esperanzas de recuperación están en 140.000 millones de la UE –casi la mitad de lo dejado de percibir por no corregir la inequidad de género–).

Esos datos evidencian que, en 2020, el índice ClosinGap en España se situaba en el 64,1 %, entendiendo el 100 % como la paridad total. Por tanto, quedaría casi un 36 % de brecha por cerrar. Además, teniendo en cuenta la evolución del índice en los últimos 5 años, no se cerraría esa brecha hasta 2055, por lo que, *rebus sic stantibus*, se necesitarán 35 años más. Como veremos, conforme a la nueva [disposición adicional trigésima séptima de la LGSS](#), el complemento de pensiones para la reducción de la brecha de género permanecerá hasta que se sitúe en el 5 % («largo me lo fía vuesa merced»). Este índice es interesante para el/la jurista (y para la política del derecho), pues no solo ofrece un dato numérico relativamente preciso y fiable para medir el coste del desajuste entre lo que prescriben las normas (igualdad plena de sexo-género) y lo que se practica (desigualdades y discriminaciones), sino que también desagra sus causas.

El índice de desigualdad tiene en cuenta cinco grandes variables: mercado de trabajo (35 %), educación (32,1 %), conciliación (56 %), digitalización (29 %) y la salud y el bienestar de las personas (15 %). El informe profundiza en el estado de cada una de ellas. Así, por lo que aquí nos interesa más, de un lado, constata que la mayor participación de la mujer

en el mercado laboral (más mujeres y durante más años) cierra unas vías de brecha, pero mantiene otras (trabajan menos horas –prevalencia del trabajo a tiempo parcial; reducciones de jornada por la sobrecarga del trabajo de cuidar no remunerado– y con menor salario –brecha retributiva–). Por eso, las mujeres representan el 51,4 % de la población activa, pero solo un 41,5 % del PIB (por supuesto, si este midiera el trabajo reproductivo, como se debe, la diferencia se invertiría notablemente). De otro, ellas asumen la mayor parte del trabajo no remunerado –trabajo de cuidar–, lo que no solo repercute en unas tasas de inactividad y parcialidad laboral más elevadas –el problema no varía en las actividades más cualificadas (por ejemplo, profesiones STEAM [siglas que identifican las disciplinas de *science*, *technology*, *engineering*, *art* y *mathematics*, es decir, ciencia, tecnología, ingeniería, arte y matemáticas])–, sino también en pérdida de salud y bienestar (las mujeres viven más años, pero viven con peor salud y calidad de vida que los hombres). En consecuencia, se dificulta también, y se vuelve más costoso para ellas, todo horizonte de «envejecimiento activo», de ahí, por ejemplo, las insistentes [peticiones por parte de colectivos como las camareras de piso](#) («movimiento Kelly») de una jubilación anticipada sin coeficientes reductores. Insistentes, sí, seguramente justas, también, pero aún fallidas.

2.2. Precariedad, «techo de cristal» y externalización alimentan la brecha retributiva, y esta las brechas en pensiones, pero el TS se aferra a la libertad de empresa

No es la única reivindicación de trabajo decente que fracasa, por el momento, para este colectivo de trabajadoras, todo un estandarte en la lucha de muchas más mujeres por análogas condiciones socialmente justas y con equidad de sexo-género en su trabajo (remunerado) y, por tanto, en su protección social (brechas derivadas). Como se anticipó, la [STS 197/2021, de 12 de febrero](#), otorga al silencio de la legislación ex [artículo 42 del ET](#), que no exige que la externalización de la propia actividad conlleve tal equidad de condiciones, un sentido elocuente, de exclusión de tal extensión de garantías, aun con prestación de servicios en el mismo lugar y siendo de igual valor. En vez de una interpretación de favor hacia el derecho fundamental social (igualdad retributiva para trabajo de igual valor), opta, a diferencia de lo que había decidido la sala de suplicación, cuyo criterio revoca, por el efecto de economía de opción reductora de costes ínsita en la libertad de decisión empresarial de externalización ex [artículo 38 de la CE](#). Tanto que considera tal decisión contenido esencial del referido precepto constitucional, en línea con su [Sentencia 250/2020, de 12 de marzo](#).

La cuestión planteada en el recurso de casación para la unificación de doctrina es si, a efectos de la fijación de la categoría y del salario regulador de las consecuencias derivadas de la declaración de nulidad del despido de la trabajadora (por violación de la garantía jurídica de indemnidad –quien levanta su voz y acciona es despedida–), el convenio aplicable debe ser el de limpieza o el de hostelería. Sorprende mucho –a mi juicio– la revisión de una elaborada argumentación de la sala sevillana de suplicación, atenta a la norma convencional, que distingue entre camarera/o de piso y personal de limpieza, lo que hace incomprensible

excluir la actividad de «departamento de pisos» del convenio de hostelería. La perplejidad aumenta cuando se constata que la empresa (Sherco al Detalle), contratista de una cadena hotelera y que carece de convenio específico válido (fue anulado judicialmente), no ha probado, más allá de su objeto social, que preste servicios distintos de los que gestiona en el ámbito de la hostelería, acreditándose que su actividad es «la gestión externalizada de lo que en los establecimientos que lo hacen con personal propio se denomina "departamento de pisos"».

Pero, si en el estricto marco de la legalidad ordinaria la aplicación del convenio provincial de hostelería apuntaba más razones a favor que las propias del convenio provincial de limpieza, hubiera parecido decisiva la perspectiva de género que tiene esta cuestión. Sin embargo, en ninguna de las dos sentencias del TS se apreciará, descartándose la discriminación (indirecta) por razón de género (por cierto, en la [STS 197/2021](#) ni siquiera se invocó —«debe» de la defensa letrada—). Sin embargo, [esta sentencia](#) cuenta con un fundado voto particular, más certero que la decisión mayoritaria, excesivamente genérica y confusa, incluso respecto de sus precedentes:

La perspectiva de género [...] refuerza que [...] sea aplicable el convenio [...] de hostelería y no el de limpieza como contrariamente ha entendido la sala [...], decisión que estimo contraria al principio de igualdad efectiva [...], y aboca al colectivo externalizado a la precariedad de las condiciones laborales, al [...] *dumping* social, inadmisibles en un Estado social [...] de derecho.

No son situaciones aisladas. Otro ejemplo lo hallamos en la política de externalización de Ryanair, en especial para el personal de tripulación de cabina. Esta empresa *low cost*, basada en la reducción de costes laborales, [«justificó» que no segregaba porque no había mujeres piloto](#) —en el Reino Unido, de 554, solo 8 son mujeres (1,4%)—, pero de sus 586 tripulantes de cabina, 405 eran mujeres (70 % de la plantilla).

La observación es relevante para nuestro tema porque la [Audiencia Nacional acaba de condenar a Ryanair por cesión ilegal](#). El modelo de (fraudenta) externalización le reporta una notable reducción del coste laboral, porque la diferencia salarial (brecha) entre el personal de tripulación por agencia (unas 400 personas, la mayor parte mujeres) y el contratado rondaba entre el 40 % y el 60 %. Una vez más, un modelo de negocio que basa su ventaja competitiva sobre el *dumping* social alimenta intensas brechas sociolaborales de sexo.

Por supuesto, no solo la externalización, usual en los sectores de sobrerrepresentación femenina, crea factores de brecha sociolaboral de género que terminarán reflejándose también en su protección social (no solo pensiones). Otras prácticas arraigadas, integrantes de la cultura social y empresarial, viviéndose de forma cotidiana, como el «techo de cristal» o las pérdidas de oportunidad de promoción profesional a raíz de la discriminación de

sexo, en especial indirecta, también inciden (por ejemplo, [SJS núm. 3 de Gijón 103/2020, de 14 de abril](#))². La brecha profesional lleva a la retributiva y esta a la de protección social.

Ni que decir tiene que otras, como la temporalidad y la parcialidad (también en su forma o modalidad de fijeza discontinua), muy presentes para todo nuestro mercado de trabajo, pero con aún mayor incidencia, por su segregación sexista, en las mujeres, son también determinantes para alimentar las brechas de género en pensiones. Se producen, cierto, en empresas privadas, como estamos viendo. Pero también, aunque como expresa la [SJS número 3 de Gijón 103/2020, de 14 de abril](#), deberían dar ejemplo de lo contrario, de equidad retributiva –por no hacerlo lo considera un agravante a efectos de indemnización por mantener brechas retributivas discriminatorias–, en entidades públicas (público-empresariales y público-administrativas), incluso caracterizadas por luchas históricas por los derechos de las personas trabajadoras (por ejemplo, [Ayuntamiento de Marinaleda](#); para los problemas de temporalidad fraudulenta en el de Oviedo, aunque no se reconociera una discriminación retributiva, *vid.* [STSJ de Asturias 2089/2020, de 24 de noviembre](#)).

Es en estos factores donde ha de incidirse de forma especial legalmente –también por el derecho jurisprudencial, así como el convencional– para prevenir más eficazmente, en el futuro, las brechas de género en pensiones. Parece que el Gobierno y el Parlamento quieren tomarse más en serio esta cuestión. Así se anuncia para los abusos de temporalidad y de externalización.

Precisamente, respecto de esta última, PSOE y ERC (Unidas Podemos, PNV y EH-Bildu lo respaldan) tienen [intención de sacar adelante la reforma del artículo 42 del ET antes del 30 de junio de 2021](#), se entiende que en el marco del diálogo social (la patronal no parece dispuesta, de momento), centrando su objetivo principal, en negativo, en prohibir precarizar las condiciones de trabajo mediante la externalización, y, en positivo, en revalorizar el principio de equiparación de condiciones de trabajo, también por sus efectos de equidad de género. Un imperativo que no solo beneficiará a las personas empleadas, sino también al interés social, al menos doblemente. De un lado, porque promoverá un sistema de incentivos a modelos de obtener la ventaja competitiva asentados en la calidad y la innovación y no en la devaluación de los costes laborales (*dumping* social). De otro, porque mejorará la capacidad recaudatoria de la Seguridad Social –como prueba la [STS, Sala 3.ª, 124/2021, de 3 de febrero](#) (alcance del efecto liberador de la certificación negativa de descubierto en cuotas ex [art. 42 ET](#)), el sistema está plagado de incentivos para usos oportunistas o estratégicos tanto de las empresas cliente como de la cadena de contratación (Beltrán de Heredia Ruiz, 2021), en detrimento de la efectividad de la función recaudatoria–.

² Para la [STSJ de Asturias 104/2020, de 21 de enero](#), en cambio: «[...] no existe la discriminación alegada porque la diferencia retributiva viene justificada en el incremento de tareas que desempeña el otro técnico [...]».

3. El complemento de las pensiones para reducción de la brecha de género: «transitorio», más equitativo y sostenible, poco eficaz

3.1. «¿Horneando pan en vez de tortas?»: puntos críticos del nuevo complemento para la reducción de la brecha de género en pensiones contributivas

En tanto no se corrijan seria y eficazmente las brechas sociolaborales de género, también la retributiva, por supuesto, la reducción de la brecha de género en pensiones, uno de los mayores desequilibrios cualitativos de la acción protectora de la Seguridad Social, no solo en España, pasa por reconocer «acciones positivas» que compensen parcialmente los perjuicios en la carrera de pensiones de las mujeres a consecuencia de la doble segregación sexista de los tiempos de vida y de trabajo (productivo-remunerado y reproductivo-no remunerado). No basta con medidas «neutras», que inciden favorablemente en las mujeres (por ejemplo, los complementos a mínimos conocen una sobrerrepresentación de las mujeres; los topes máximos contienen la brecha retributiva al afectar más a los hombres, etc.). Tampoco es mínimamente suficiente la consideración de varios periodos de trabajo de cuidar sin obligación de cotizar como «días cuota-ficticia» (por ejemplo, periodos de excedencia por trabajo de cuidar *ex art. 237.1 LGSS*), claramente favorables a las mujeres, por su mayor protagonismo, *de facto*, en el recurso al «disfrute» de esos derechos. En suma, el sistema de pensiones contributivas no es en modo alguno indiferente a las medidas correctoras de la brecha de género, pero insuficiente (Moreno Romero, 2021).

Como recuerda de forma correcta el [preámbulo del citado RDL 3/2021](#), en la brecha de género en pensiones incide de una forma notable tanto la segregación sexista del mercado laboral como la infravaloración de la «economía del trabajo reproductivo» («trabajo de cuidar»). El irrealismo de la citada [STJUE de 12 de diciembre de 2019 \(asunto C-450/18, WA\)](#) es manifiesto cuando afirmó, para devolvernos a la vieja polémica del «varón discriminado» (que nos abre otro bucle histórico, el del «viudo discriminado» de hace cuatro décadas): «[...] los hombres que se encuentran en una situación idéntica no tienen derecho a tal complemento [...]». Pero ¿cuántos hombres son los que estarían en tal situación comparados con las legiones de mujeres que sí lo están? Siendo incuestionable la primacía de la jurisprudencia comunitaria, sin perjuicio de que no sea en modo alguno infalible, menos indiscutible, en sus fallos y razonamientos, la ley estatal no podía dejar de abordar esta cuestión. Primero, porque el [precedente artículo 60 de la LGSS](#) estaba muy mal diseñado técnicamente, no solo por sus efectos discriminatorios en varones, también para las mujeres. Segundo, porque, como se dijo, el TJUE nos había hecho «un pan como unas tortas», y había que hornear mejor pan a mejor precio.

La [nueva redacción del artículo 60 de la LGSS](#) (y su réplica para el régimen de clases pasivas en la [disp. adic. decimoctava Real Decreto legislativo 670/1987, de 30 de abril](#)) se

acerca a esos objetivos, si bien resulta asimétrica, pues satisface más la finalidad de equilibrio financiero que la de reducción razonable de la brecha de género. Todavía se nutre demasiado de su precedente, por lo que requerirá, en el futuro, de una reordenación más radical. En todo caso, el nuevo, a la mayor equidad del sistema de pensiones en términos de género a coste razonable, incluso reducido (más que la neutralidad financiera de la reforma –700 millones de € anuales– llevará a la reducción del coste anterior, sin perjuicio de que el viejo complemento se mantenga para quienes ya lo percibían), suma una mayor seguridad jurídica, para reducir el riesgo de revés judicial (que ya está al acecho). Por eso, no cierra la vía a los varones –se esperan pocos– que acrediten un perjuicio, en su carrera de cotización, análogo al de las mujeres por hallarse en una situación individual comparable (que es lo que exige el TJUE), evitando que sea propiamente una «acción positiva», pero es una autovía para las mujeres (realmente perjudicadas).

En síntesis, los aspectos más señeros del nuevo complemento de pensiones (contributivas) para reducir la brecha de género (se delimita tal concepto como el porcentaje que representa la diferencia entre el importe medio de las pensiones de jubilación contributiva causadas en 1 año por los hombres) son los siguientes. A saber:

a) Finalidad : si el precedente era una prima encubierta de natalidad para las mujeres con dos o más personas descendientes, el actual es una compensación por daño sufrido en la carrera de cotización (lucro cesante o coste de oportunidad remunerada) con causa en su sobrerrepresentación en el trabajo reproductivo. De ahí, el cambio de nombre.

b) Personas beneficiarias: principalmente las mujeres (es una acción positiva), porque no solo serán las que acrediten, *de facto*, un mayor perjuicio en su carrera de cotización social ante su protagonismo en el trabajo de cuidar no remunerado (y en el remunerado y mal pagado), sino que, en caso de que ninguna persona progenitora lo acredite, el «complemento» lo percibirá la mujer (justo, a mi juicio, será un flanco abierto a eventuales impugnaciones judiciales, que ya se preparan).

Ahora bien, si, *de facto*, el progenitor varón acredita ese mayor perjuicio, será él el titular del complemento –solo puede cobrarlo una de las personas progenitoras–. No es, pues, exclusivo de mujeres (si bien se prevé que dé acceso a unas 30.000 mujeres más). Cuando ambas personas progenitoras lo sean del mismo sexo (por ejemplo, adopción), lo percibirá la que acredite mayor perjuicio en la carrera de seguro (cotización), esto es, la que tenga una pensión menor. Quedan excluidas del beneficio las personas que estén privadas de la patria potestad y los padres condenados por violencia de género (y madres o padres condenados por violencia contra su hijo/a).

c) Situación protegida: frente al –errado– modelo anterior, reside en el citado perjuicio que los estereotipos sexistas construidos sobre el hecho demográfico de alumbrar crean en la carrera de pensión en una persona trabajadora a lo largo de su actividad, no en el número de personas descendientes (basta con una).

Por eso, para las mujeres con un hijo o una hija se presume el perjuicio, atendiendo al dato real, mientras que los hombres han de probarlo. Para ello se prevén dos circunstancias –alternativas, no cumulativas–:

1. Si se trata de causar una pensión de viudedad, que también se cause pensión de orfandad ([art. 224 LGSS](#)). Aquí hay una espada de Damocles para el complemento, porque establece una diferencia no excesivamente justificable de tratamiento respecto de los padres que pueden quedar viudos con hijos/as mayores, pues el complemento está pensado para las situaciones en las que tengan, al tiempo de fallecimiento de la madre, al menos 21 o 25 años, según que tenga o no ingresos inferiores a la cuantía del salario mínimo. Lo relevante debe ser que acrediten en su carrera de cotización un perjuicio notorio, de forma análoga a lo que se prevé cuando los hombres son beneficiarios de la pensión de jubilación o de incapacidad. Dará problemas aplicativos, sin duda, esta restricción de acceso a los hombres para el complemento.
2. Si es respecto a la pensión de jubilación o incapacidad permanente, que el padre haya interrumpido su carrera profesional, o se haya visto dificultada, con ocasión del nacimiento o de la adopción, de este modo –en ambos casos la pensión debe ser inferior a la de la madre–:
 - Para personas descendientes (hijo o hija) nacidas/adoptadas hasta el 31 de diciembre de 1994: más de 120 días sin cotización entre los 9 meses anteriores al nacimiento (o resolución judicial, si es adopción) y los 3 años posteriores a dichas fechas.
 - Nacimiento/adopción posterior al 1 de enero de 1995: que la suma de las bases de cotización de los 24 meses siguientes al del nacimiento (o resolución de adopción) sea inferior, en más de un 15 %, a la de los 24 meses inmediatamente anteriores.

Como es de absoluta evidencia, queda totalmente extramuros de la protección una faceta de la sobrerrepresentación de la mujer en el trabajo de cuidar que cada vez tendrá más relieve y que la ley ha «olvidado», todavía muy presionada por el precedente: no contempla el perjuicio en la carrera de pensión del trabajo de cuidar a familiares dependientes no hijos/as, esto es, a las personas ascendientes. No cabe duda de que este factor también incide peyorativamente en la carrera de cotización y es una «deuda pendiente» del sistema que pronto deberá atenderse.

d) Cuantía: si antes se establecía con un porcentaje sobre la pensión, a partir de la segunda persona descendiente, lo que hacía que cobrase más quien más pensión tenía, ahora es una cuantía fija por igual para todas las personas beneficiarias, a partir de la primera persona descendiente (no dos, como antes) y hasta la cuarta.

El importe del complemento se fijará en la correspondiente ley de presupuestos generales del Estado, con un tope: cuatro veces el importe mensual fijado por hija/o (se prevé su

revalorización). Únicamente se computarán las personas descendientes que con anterioridad al hecho causante de la pensión correspondiente «hubieran nacido con vida» (o adoptadas). Aunque la nueva regla limitativa (no estaba explícita en la anterior regulación) puede responder al fin básico perseguido por el nuevo complemento, que no sería tanto primar la maternidad en sí –por eso la prestación por nacimiento sí contempla la percepción aun si fallece después de 6 meses de gestación–, cuanto compensar el perjuicio que deriva para quienes cuidan de una forma real de la descendencia en la carrera de cotización, no dejará de plantear problemas (por ejemplo, cuándo se entiende «con vida» –conforme a la norma civil de las 24 horas de vida independiente o una norma especial de favor–, hijos/as póstumos, etc.). Así, pone fin a una polémica judicial, desautorizando las decisiones que bajo la anterior regulación prescindían de esa exigencia, haciendo una aplicación amplia del concepto de maternidad, que implica todo el proceso desde el embarazo hasta el cuidado, pero abre otras. En todo caso, como ilustra la completa y sugerente [STSJ del País Vasco 1240/2020, de 6 de octubre](#), debe hacerse una interpretación expansiva y con perspectiva de género, descartando la lectura civil del concepto, porque el concepto jurídico de nacimiento:

[...] lleva aparejado de forma inescindible un proceso previo [...] y tiene consecuencias laborales de derivación no solo en la maternidad sino también en la previa gestación y posterior parto y recuperación física y psicológica, con perjuicios laborales y de cotización que deben anudarse a la procreación tal cual, excluyendo exigencias añadidas no regladas, de interpretación restrictiva y reducida, que versen solo sobre una aportación demográfica biológica positiva, [...] que a la vez sería discriminatoria [...] desde perspectivas de género (FJ 3.º)³.

La cuantía se fija en 378 euros anuales por cada hijo/a (equivalente a 27 € mensuales en 14 pagas –[disp. adic. primera RDL 3/2021](#)–), sumando 1.512 euros anuales para cuatro, tope máximo. De este modo, como se decía, se focaliza el complemento en las pensiones más bajas, porque queda acreditado en la práctica que es donde se concentra más la brecha de género en pensiones. De ahí, el efecto redistributivo que también persigue el nuevo complemento.

Es útil recordar aquí algunas reglas adicionales:

- Quienes en la fecha de entrada en vigor del nuevo complemento estuvieran percibiendo el complemento por maternidad por aportación demográfica, al que sustituye el nuevo, lo seguirán percibiendo. El de maternidad es incompatible con el nuevo complemento que pudiera corresponder por el reconocimiento de una nueva pensión pública, pudiendo las personas interesadas optar entre uno u otro ([disp. trans. trigésima tercera LGSS](#)).

³ En contra, la [STSJ de Canarias/Las Palmas 904/2019, de 11 de septiembre](#) (con un voto particular de dos magistradas, inspirador, según reconoce la propia sentencia, de la posición expansiva de la sala vasca).

- El importe del complemento no será tenido en cuenta ni en la aplicación del límite máximo de pensiones ni a efectos del derecho al complemento por mínimos. Ambas previsiones merecen valoración muy diferente. De un lado, carece de sentido mantener la regla de exclusión en el tope de pensión, porque no se adecúa a la finalidad de reducir la brecha de género, provocando un tratamiento diferencial respecto de las personas con pensiones máximas sin vínculos familiares de dudosa constitucionalidad. De otro, la regla de exclusión en el cómputo de rentas para el complemento a mínimos es obligada, porque es en esta franja donde se halla mayor intensidad de la brecha (retributiva, primero, de pensiones, después). Tomar en consideración esta cuantía podría tener efectos de neutralización de la eficacia –ya muy limitada– en la reducción de la brecha.
- Dudosa es la previsión legal según la cual, cuando la pensión contributiva que determina el derecho al complemento se cause por totalización de periodos de seguro a *pro rata temporis*, en aplicación de normativa internacional, el importe será el resultado de aplicar a la cuantía, que será considerada importe teórico, la prorrata aplicada a la pensión a la que acompaña. Puede tener un efecto perjudicial para las mujeres extranjeras en España y no parece coherente con su fijación ahora a través de una cuantía fija, si bien será poco probable que en su país de origen cuente con un complemento análogo.
- Tiene la naturaleza de pensión contributiva, si bien su financiación –unos 700 millones de € anuales– se hará por transferencia del Estado, puesto que responde a un principio de solidaridad social debida ([disp. adic. trigésima sexta LGSS](#)).

e) Modalidades de pensión incluidas para el complemento: se reconoce en toda modalidad de pensión (jubilación, incapacidad permanente y viudedad), salvo la jubilación parcial, en sus diversas variantes ex [artículo 215 de la LGSS](#) (salvo «cuando desde la jubilación parcial se acceda a la jubilación plena, una vez cumplida la edad que en cada caso corresponda»).

En un plano de valoración positiva, hay que subrayar una novedad importante: se incluye la jubilación anticipada en su modalidad voluntaria, antes excluida. Queda legalmente superada la doctrina constitucional en materia (Sentencia del Tribunal Constitucional –STC– 111/2018, de 17 de octubre), alineándose, de nuevo, con los votos particulares. En un plano de valoración negativa, merece la pena reseñar que seguimos sin entender por qué, respecto de la pensión de viudedad (cuya inclusión consideramos acertada pese a las críticas que ha recibido –se cuestiona su razón de ser por cuanto la carrera de cotización a tener en cuenta no padece brecha, por ser mayoritariamente de los hombres–, porque se trata de pensiones muy bajas y de prevalencia femenina), no se ha establecido una regla que atienda a la compatibilidad de aquella con la pensión de jubilación o de incapacidad permanente. Aunque no frecuente, sí sucede a veces que tal compatibilidad conlleva alcanzar pensiones máximas y es evidente que en tales situaciones no hay brecha de género alguna, por lo que, de nuevo, en atención a la finalidad del complemento, no como prima de natalidad, sino como compensación del perjuicio en la carrera de seguro, omitir tal límite es irracional.

f) Eficacia temporal: tiene un carácter transitorio y periódicamente revisable.

A fin de hacer un «guiño» a la doctrina comunitaria, como acción positiva que es, no tiene una vigencia indefinida, sino estrictamente temporal, por cuanto carecería de razón de ser lícita si se mantuviese aun logrado el objetivo que persigue, reducir la brecha de género en pensiones. Por tanto, se prevé hasta tanto esa brecha pudiera ser «razonable» y se sitúa en el 5 % (disp. adic. trigésima séptima LGSS). En esa misma senda, se fija un sistema de revisión periódica (cada 5 años) en el que se da entrada a los interlocutores sociales (en el proyecto inicial no había esta revisión, quedando en manos del Gobierno, que solo contemplaba derogarlo una vez se alcanzara el objetivo de reducción de la brecha al 5 %). De este modo, no solo se da una mayor participación social en la suerte de este instrumento de equidad, compromiso de todas las instituciones (también los sindicatos lo son, ex art. 7 CE), sino que se facilita un ajuste más preciso del instrumento al fin, mejorando su eficacia y su seguridad jurídica –legitimación frente al TJUE–. También aquí ha sido sensible, el Gobierno, a las reivindicaciones sindicales, lo que no siempre sucede, como vamos a ver en algún aspecto muy importante respecto del IMV.

3.2. Valoración: mejora la regulación técnicamente –aún no impecable–, pero mantiene una muy limitada eficacia para la corrección de la brecha de género

La regulación es tendencialmente completa y afinada técnicamente a la precedente. Pero admite mejoras, para evitar dudas aplicativas. Admitirá correcciones en un futuro próximo, al hilo de su aplicación. De no introducirse de oficio, los tribunales se encargarán de promoverlo.

Tiempo habrá de un análisis más pormenorizado. La ocasión nos la ofrecerá el que se haya aceptado tramitar como [proyecto de ley, de tramitación ordinaria](#), con lo que seguramente se introducirán las mejoras referenciadas y algunas otras que ya se anticipan. Ahora, expuestos los puntos críticos más relevantes, importa realizar una valoración de la medida.

Así, de un lado, debe valorarse positivamente que se establezca una cuantía fija desde la primera persona descendiente, porque eso supone que mejorará la protección en pensiones más bajas, si bien conllevará una reducción en las más altas (no nos parece injusto, sino equitativo dentro de un sistema de reparto y exigido de garantías de viabilidad financiera). De este modo, mejorará el efecto redistributivo. De otro lado, debe merecernos una crítica negativa lo reducido de sus efectos correctores de la brecha. Pongámosle números.

La pensión media de jubilación de las mujeres en [enero de 2021](#) fue de 905,50 euros (100 € más que en abril de 2020), mientras que la de los hombres fue de 1.360,77 euros (unos 130 € más que en abril de 2020), por lo tanto, la brecha de género sigue entorno al 30 %: unos 455 euros/mes, 6.370 euros/año (14 pagas). El complemento representará unos 57 euros al mes (dos hijos/as), apenas 800 euros anuales (14 pagas). Parece claro que, en

términos absolutos, la cuantía es baja, en realidad muy baja, pero, en términos relativos, además de que será inferior en muchos casos a la anterior (es el efecto no solo financieramente neutro, sino reductor, de la reforma, que anotamos de inicio y que no nos parece justo), es manifiesto que resultará ineficaz en el medio plazo.

En consecuencia, su efecto acelerador de la reducción de la brecha queda en entredicho y, desde luego, no lo rápido debido, pese a cierta mejora en los 3 últimos años. De ahí, la gran importancia del mecanismo de revisión periódica, una manera de garantizar que se haga mayor esfuerzo por la debida equidad de género en pensiones. No obstante, se precisa una reforma más profunda, también más generosa, del sistema público de pensiones para hacer creíble el fin de la corrección de la brecha de género en pensiones (por ejemplo, deficitario sistema de integración de lagunas). La indudable mejora reguladora, también en términos de seguridad jurídica, no puede hacer ignorar su cuantía insuficiente (de media será inferior al precedente, aunque en ello haya elementos redistributivos, además de objetivos de viabilidad financiera, no despreciables) y que su eficacia reductora-correctora de la brecha de género es muy limitada.

4. Una cuestión de género sorprendentemente «olvidada»: pensiones de viudedad y mujeres casadas por el «rito gitano»

4.1. El bucle histórico de las pensiones de viudedad de las mujeres casadas por el «rito gitano»: ¿tropezando, una década después, con la misma piedra?

Pocos días antes de la reforma del complemento de pensiones ex artículo 60 de la LGSS saltó a la actualidad mediática, de prensa y redes sociales, una decisión constitucional muy polémica: la STC 1/2021, de 25 de enero, confirmando la STS 58/2018, de 25 de enero, había vuelto a denegar la pensión de viudedad a una mujer gitana al entender que su «matrimonio» por el rito cultural que practican desde tiempos ancestrales no tiene ninguna validez civil. «Llueve sobre mojado» y otra «oportunidad perdida» para hacerles justicia, a las mujeres gitanas y a la minoría sociocultural que representa su etnia, inveteradamente discriminada, serán lamentos mil veces repetidos por doquier, también espoleados por sendos votos particulares, en el TS y en el TC (casi idénticos). Nada parecía haberse aprendido –en apariencia– de la condena, más de una década antes, del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) (Muñoz Díaz c. España –conocido como el caso de «La Nena»–: la Sentencia de 8 de diciembre de 2009 reprobó a la STC 69/2007 que no se reconociese la pensión de viudedad en aquel caso).

¿Es así? Aunque, a juzgar por la partida jugada en las redes sociales, así lo parece, yo no lo valoro de este modo. Sin perjuicio de los aspectos críticos que de inmediato expondré

brevemente, y que me llevará a concluir el derecho de estas mujeres a disfrutar de la pensión de viudedad, en la medida en que lo contrario constituye una discriminación indirecta por razón de sexo (además de multidimensional), no se comparten las críticas que se han vertido sobre la decisión mayoritaria, en muchos casos sin leerla, ni tampoco la adhesión acrítica a los votos minoritarios. Estos asientan su voluntad de conceder el derecho compensatorio de la marginación histórica –lo que es cierto– nada menos que en el reconocimiento jurídico de un rito cultural bajo el que se oculta una notable expresión de violencia sexual machista, cuando debería estar prohibido (al igual que lo está la ablación) en la futura ley orgánica de garantía de la libertad sexual que se prepara –[no exenta de polémica](#)– en estos momentos, todavía en fase de anteproyecto. Una expresión de violencia de sexo que ni un/a solo/a jurista del trabajo –sí desde la sociología– ha puesto en evidencia hasta hoy, pese a que es de todos/as conocido que se exige prueba de sangre de la mujer para mostrar su virginidad, sin la cual no podría casarse y quedaría estigmatizada en su comunidad; prueba que no se exige al hombre.

Pero vamos por partes. Primero el relato fáctico, los hechos (hoy tan denostados, frente a la potencia de su representación ideológica, de un bando u otro). Una pareja de personas gitanas se casa por su rito cultural. Conviven décadas y tienen cinco descendientes. Se inscriben como «padres solteros» y la descendencia como «extramatrimonial». Libro de familia y filiaciones así lo certifican. Fallecido el varón, la mujer solicita pensión de viudedad, que le es denegada por el Instituto Nacional de la Seguridad Social (INSS). Impugnada la negativa en todos los niveles del sistema jurisdiccional interno, la decisión administrativa es confirmada. Ni el dicho rito cultural acredita un matrimonio civil, sin que el TEDH lo haya considerado nunca discriminatorio, ni aquí consta la constitución de pareja de hecho [ex artículo 174.3 de la LGSS de 1994](#) (situación novedosa respecto del precedente, pues entonces no existía esa previsión –hecha pensando en aquella situación–), ni es apreciable en este caso la buena fe que sirvió en el precedente de «La Nena» para que el TEDH reconociese el derecho. Como todos los documentos oficiales reflejan que no hay unión válida civilmente, no puede haber expectativa de confianza legítima a proteger en la mujer, pues las autoridades reflejan de inicio, y la mujer conoce de continuo, esa ausencia de validez civil.

De los hechos a las valoraciones jurídicas. En ese contexto fáctico y jurídico diferencial, ni el TS, primero, ni el TC, después, consideran existente discriminación, ni directa ni indirecta, ni de género –que no se plantea– ni por minoría cultural –que sí analiza–. En cambio, el voto particular de la [STC 1/2021, de 25 de enero](#), en línea con el de la [STS 58/2018, de 25 de enero](#), sí considera existente una discriminación indirecta por razones de pertenencia a una minoría nacional en el trato normativo, administrativo y judicial dispensado tanto (1) a las uniones de vida celebradas según las tradiciones culturales del pueblo romaní a efectos de la pensión de viudedad, como (2) a las uniones de vida no matrimoniales que hayan resultado inscritas en alguno de los registros específicos existentes en las comunidades autónomas o ayuntamientos del lugar de residencia o formalizadas mediante documento público. A la tacha constitucional, y de derechos humanos europeos, suma una de legalidad ordinaria: sí concurre buena fe en este caso y entenderlo de otro modo implica

una interpretación de extremado formalismo positivista en un escenario, de nuevo, de marginación sociocultural que debe exigir lecturas expansivas.

4.2. Paradojas y contradicciones: la mayoría de las gitanas no se casan solo por un rito que hace de su virginidad un mandato cultural superior al legal

Hay que reconocerle al voto particular un extraordinario esfuerzo probatorio. No se limita a meros asertos de contrario respecto de la minoría, situando la cuestión en un eje puramente valorativo, sino que lo lleva al terreno de lo fáctico, de la prueba, naturalmente de índole estadística. En esta dimensión, el razonamiento del voto particular supera al mayoritario.

Si bien reconoce las limitaciones de la prueba estadística en este caso, que se explicaría por «la prohibición del uso de datos identificativos de la pertenencia a una minoría nacional o al origen étnico en los censos de población», realiza un ímprobo esfuerzo por extraer conclusiones operativas sobre otros datos algo más diluidos e imprecisos, de cuya interacción sí extrae más de una pauta interpretativa muy útil⁴. La primera sería la notable diferencia entre la comunidad romaní y la población en general, pues mientras que en aquella crece el favor por uniones tradicionales no inscritas, en esta se ha estabilizado. Esta prevalencia de las uniones según la tradición cultural romaní no inscritas desautoriza –salvo positivismo formalista estricto, dice– el argumento de la neutralidad de la mera exigencia de la inscripción pública, pues afecta en mayor proporción que para la población general. En consecuencia, la formalización para completar en el plano civil (ley) la tradición cultural (costumbre) sería un «prejuicio cuantitativo».

La segunda pauta interpretativa que el voto particular extrae de un análisis estadístico más cuidadoso que el de la mayoría (que no lo realiza) reside en la marginación ocupacional de la población romaní. Si las probabilidades de tener un empleo de la población general son del 63,1 %, las de la población gitana son del 29,9 %. Por tanto, el voto mayoritario incurriría en un prejuicio social cualitativo también, al infravalorar un contexto (a tener en cuenta ex arts. 3 CC y 9.2 CE) de tan alta incidencia del desempleo de larga duración, lo que convierte la exigencia de inscripción formal en registros específicos públicos en un obstáculo de acceso a las pensiones para la minoría étnica romaní, perpetuando el TC un estereotipo en vez de removerlo ex artículo 9.2 de la CE en relación con los artículos 14 y 41 de la CE. Finalmente, probada estadísticamente la discriminación indirecta por razón

⁴ Vid. «Encuesta continua de hogares», del Instituto Nacional de Empleo, 2019; «Diagnóstico social de la comunidad gitana en España. Un análisis contrastado de la encuesta del CIS a hogares de población gitana 2007», del Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad, 2011; «Estudio comparado sobre la situación de la población gitana en España en relación al empleo y la pobreza 2018», de la Fundación Secretariado Gitano, 2019.

de minoría étnica, no hay justificación en objetivo de política que la avale, porque la constitucional exigencia de una garantía de transparencia civil exigida comúnmente por la ley vendría «redundante e innecesaria [...] para [...] la realidad cultural de la comunidad romaní [...], desproporcionada desde la perspectiva de la prohibición de discriminación».

En suma, el principio de realidad debería primar sobre el de legalidad. En el contexto de marginación de la minoría romaní, sería un imperativo constitucional diferenciar el tratamiento, como acción positiva compensadora de su histórica y persistente desventaja socioeconómica. En otro caso, se incurriría en una suerte de discriminación por indiferenciación (concepto nunca aceptado por la doctrina constitucional, a diferencia del TEDH), inasumible constitucionalmente.

Ciertamente, el análisis estadístico es (casi) impecable y parecería obligado darles la razón. Y, desde luego, que en este análisis se la daremos, pero no por las razones esgrimidas, en la medida en que, por lo que razonaré, las considero erradas y, además, prejuiciosas, aunque en sentido diferente a los prejuicios que imputan a las mayorías del TS y del TC. Primero, aunque lo expone, el voto particular lo orilla, lo margina en su valoración, que ni siquiera atiende para, siquiera, desecharlo. Sencillamente le quebraba por completo el razonamiento jurídico. En efecto, el análisis estadístico seguido pone de manifiesto que la unión de vida por su rito cultural tradicional de forma exclusiva está presente únicamente en un 28 % de las personas casadas de esta comunidad, mientras que el 72 % formaliza la unión de manera combinada con la religiosa o la civil («[Diagnóstico social de la comunidad gitana en España. Un análisis contrastado de la encuesta del CIS a hogares de población gitana 2007](#)», publicado por el Ministerio de Sanidad, Política Social e Igualdad en el año 2011). Esto es, en un claro román paladino: las personas gitanas son de muy fuertes costumbres, pero la gran mayoría (7 de cada 10) exhiben pragmatismo, porque saben que es mejor registrarse que lo contrario.

Por lo tanto, cuando los votos particulares concluyen que la comunidad romaní no suele acudir a los registros públicos por «innecesario», no responde a la realidad estadística. El prejuicio cuantitativo, por lo tanto, es de las minorías jurídicas. Y en relación con el prejuicio cualitativo, decayendo también en la parte que se vincula a esta pretendida falta de práctica registral, que la realidad desmiente, se mantiene, sin duda, en relación con las mayores dificultades de acceso al empleo, presupuesto fundamental para acceder a una pensión contributiva, como la pensión de viudedad en este caso, porque esa prevalencia del desempleo es real. Ahora bien, aquí emerge un prejuicio cultural que las minorías ocultan, o desatienden, y que evidencia que aquel formalismo positivista, aquel irrealismo jurídico, del que acusan a las mayorías está presente en su valoración: ¿de verdad debe la ley civil dejarse preterir por un uso social étnico que hace de la prueba de virginidad de la mujer (siendo indiferente la práctica sexual del hombre) [un mandato cultural machista, que incluso se escribe con sangre](#) (acredita un himen intacto)?

Soy consciente de que es una «verdad muy incómoda» y que notables prejuicios (el de la mala conciencia por la marginación histórica del pueblo gitano) nublan incluso la mente de los análisis más progresistas. Pero la honra femenina gitana –ni la pensión de viudedad– no puede depender de ese rito atávico que atenta contra su dignidad de mujer. Viola su libertad sexual, además. En un Estado constitucional ese uso debe erradicarse, no puede «blanquearse».

Que nunca se haya cuestionado este rito, como reconoció el TEDH (§ 59), y ahora nos recuerda el voto particular, no puede llevarnos a seguir ignorando su contrariedad al orden público civil, no nacional solo, sino europeo. Que «la fuerza de las creencias colectivas de una comunidad culturalmente bien definida no pueda ser ignorada», enfatizando la necesidad respecto a las minorías (§ 60 y 61), no puede hacerse equivaler a ignorar también aquellos usos que violan derechos fundamentales y que, como prueba la estadística, coadyuvan a la sujeción de la mujer a un machismo exacerbado. No podemos seguir siendo cómplices de este [tabú](#).

4.3. El coste social de las oportunidades jurídicas perdidas: ¿cuánto tendrá que esperar la operatividad del concepto de discriminación de género multidimensional?

¿Ya está? ¿Esta historia jurídico-social de lucha por el –justo y equitativo– derecho social a la pensión de viudedad de las mujeres gitanas (afortunadamente una minoría) únicamente casadas por tan ancestral y machista rito no tiene más recorrido, a falta de una ley que corrija esta marginación, como apunta la [STC 1/2021, de 25 de enero](#)? Justamente, esa parece ser, si bien algo diluida –por la naturaleza jurídica de las iniciativas adoptadas y el contenido difuso de las propuestas–, la senda que marcan las [dos proposiciones no de ley](#) impulsadas por los partidos en el Gobierno y aprobadas en la sesión del 14 de diciembre de 2020 de la Comisión de Derechos Sociales y Políticas Integrales de la Discapacidad del Congreso de los Diputados.

No, claro que no. El sistema jurídico-social vigente no solo puede sino que debe ofrecer una contribución decisiva al reconocimiento del derecho a la pensión de viudedad de las mujeres gitanas en estos casos, sobre la base no de una presunta discriminación por pertenencia étnica, que este concreto aspecto no se produce –la realidad estadística lo acredita–, siendo inaceptable en sí mismo el rito en la dimensión discriminatoria directa por razón de sexo indicada, sino del deber de diligencia debida en la corrección de las discriminaciones indirectas por razón de sexo, máxime si, como en este caso, tal discriminación asume un carácter multidimensional (múltiple o de interseccionalidad) (Rojo Torrecilla, 2021). A mi juicio, sorprende que ni el TS ni el TC, ni en los votos mayoritarios ni en los minoritarios, enfaticen en la discriminación indirecta de género múltiple o multidimensional, y sus efectos de

interseccionalidad marginadora, existente, que solo se apunta tangencial y genéricamente: «con una especial afectación a las mujeres [...]».

Como defiendo desde 2010, y he retomado en fechas recientes (Molina Navarrete, 2020, p. 288), en línea con otros análisis, estamos ante un caso de discriminación indirecta por razón de sexo-género multidimensional, esto es, agravada en un contexto de marginación étnico-cultural. ¿Por qué? Porque la cultura social general, como la específica de la comunidad romaní, será la que les obstaculice, real y culturalmente, trabajar fuera de casa, por su condición gitana; esa cultura específica impone contraer una unión de acuerdo con los usos gitanos, consciente de sus efectos perjudiciales en lo civil, pero «obligada» por el contexto; los estereotipos sociales y culturales, de toda la comunidad, pero agudizados en la romaní, las lleva a no contemplar más papel que cuidar del marido y de su larga prole (por encima de la población en general). En cambio, en ese contexto tan estereotipado, que lleva a estas mujeres (sigan o no en exclusiva el rito gitano –hemos visto que la mayoría son pragmáticas–) a someterse a tradición y cultura, el sistema les niega la pensión de viudedad, sin que el órgano judicial remueva ese obstáculo ex artículos 9.2 de la CE y 4 de la [Ley orgánica para la igualdad efectiva de mujeres y hombres](#), sino que lo perpetúa, embrollado con la cuestión –de legalidad ordinaria pura– de si el «rito cultural» es o no relevante a los efectos civiles y de Seguridad Social (Rey Martínez, 2008).

Muchas son, pues, las «oportunidades jurídicas» perdidas y alto su coste social. Primero, porque ni el TS (reitera su doctrina restrictiva en la [STS 524/2020, de 24 de junio](#), dictada ya sin voto particular y adaptada «a la realidad jurídica y social actualmente existente en España») ni el TC parecen abordar con la decisión exigible, en virtud del principio de debida diligencia en la protección frente a las inequidades de género (las mujeres gitanas tienen menor prevalencia en el desempleo de larga duración que los hombres romanís, aunque mantienen su prevalencia en las pensiones de viudedad). Segundo, porque una vez más un concepto jurídico operativo (así lo entiende, para las mujeres migrantes y frente a la violencia en el trabajo, el [Convenio 190 Organización Internacional del Trabajo](#)), como el de discriminación multidimensional o múltiple, caracterizada por sus efectos de interseccionalidad (situación de especial vulnerabilidad y marginación por la interacción de las diferentes facetas de discriminación), solo es aceptado nominalmente (por ejemplo, [STC 3/2018, de 22 de enero](#)) por el TC (a diferencia del TJUE, que sigue rechazándolo para el derecho de la UE), pero no lo practica (a diferencia del TEDH –Sentencia de 24 de julio de 2012, asunto B. S. c. España–) (Ferrando García, 2018). En breve, volveremos a tener diversas oportunidades legales para corregir –todos– estos agravios; en tanto, harían bien los tribunales, de cualquier nivel, en tomar más en serio esta cuestión desde el canon jurídico adecuado⁵.

⁵ Lo hizo la [STSJ de Galicia 2327/2014, de 25 de abril](#); en cambio, prescindió de ella la [STSJ de Galicia 2324/2016, de 14 de abril](#), evidenciando tanto su fragilidad como su extremada dependencia casuista.

5. La perspectiva de género más allá de las pensiones: la infravaloración del trabajo de cuidar no remunerado en el régimen de IT

Desde luego no faltarán ocasiones a los tribunales para afrontar este juicio de conformidad del entero sistema jurídico de Seguridad Social a los imperativos de equidad de género, porque son muchos los ámbitos de desajuste persistentes. Desde luego así es, y será más en el futuro, en las diversas ramas de pensiones públicas, por supuesto en la de jubilación. Baste ilustrarlo, solo para poner un ejemplo reciente, en la interesante [STSJ de Canarias/Las Palmas 186/2021, de 17 de febrero](#); una de las salas de suplicación más garantistas de la equidad de género, promoviendo incluso la adhesión (a menudo más teórica que real, aunque no por ello desdeñable en el plano operativo) del TS al canon de enjuiciamiento de la legitimidad de las pensiones conforme a la perspectiva de género (por ejemplo, [STS 79/2020, de 29 de enero](#) –para las pensiones SOVI [seguro obligatorio de vejez e invalidez]–).

Pese a esa general sensibilidad judicial hacia los imperativos de equidad de género en la garantía jurisdiccional del reconocimiento de las pensiones, la mayoría de la sala concluirá en este caso que no es de aplicación la doctrina del paréntesis para la percepción de una pensión de jubilación al entender que falta la carencia específica (solo acreditaba 198 días cotizados frente a los 719 exigidos). Ni los días de inscripción en el Servicio Público de Empleo (y de percepción de renta activa de inserción) pueden computarse como si de cotización efectiva se tratara (si se equiparase el paro involuntario no subsidiado a tiempo cotizado, no sería necesario hacer ningún paréntesis), ni tampoco el tiempo de trabajo de cuidar a sus hijos/as. Sin embargo, cuenta con voto minoritario, muy elaborado, en virtud del cual evidencia sus dudas en torno a la conformidad de esta regulación legal ([art. 205.1 b\) LGSS](#)) al derecho antidiscriminatorio de la UE, pues valora que las razones por las que no alcanza la carencia específica tienen lugar por el tiempo que debió dedicar al cuidado de su descendencia. En consecuencia, reclama plantear una cuestión prejudicial ante el TJUE al respecto, formulándola con precisión, por lo que, con alta probabilidad, alguna otra sala de suplicación o de instancia recogerá el testigo.

Sin entrar en esta sugerente cuestión jurídico-social, sobre la que se volverá, seguro, si es útil aquí hacer dos observaciones. La primera, no me cabe ninguna duda de que –como prueba el voto particular con una imponente prueba estadística– el [artículo 205.1 b\) de la LGSS](#) sí crea una grave discriminación indirecta por razón de género. La segunda, tengo muchas dudas, más a raíz de la [STJUE de 21 de enero de 2021](#), de que la cuestión prejudicial pasara el filtro de la justificación de tal efecto discriminatorio, con fundamento en la razón del equilibrio financiero del sistema (en el caso, supondría reconocer una pensión contributiva –con sus complementos a mínimos– a quienes acreditan apenas 1/3 de la carencia específica exigida con carácter general).

Pero no es solo la rama de pensiones la que se ve cada vez más cuestionada –con muy buenas razones jurídicas y sociales– cuando se ve sometida al escrutinio de equidad de

género, sucede algo análogo en otras ramas de protección del sistema, como la prestación por IT. Un buen ejemplo de ello es la [STSJ de Aragón 611/2020, de 14 de diciembre](#), que sí ha aplicado la doctrina del paréntesis (remite, entre otros precedentes, a la [STS 731/2019, de 23 de octubre](#)) para calificar como neutros los periodos de trabajo de cuidar ex [artículo 46.3 del ET](#) (las excedencias por cuidado de personas familiares) y, de este modo, dar acceso a la prestación por IT, negada por el INSS, cuya decisión fue avalada en primera instancia social. Se alinea así con la [STSJ de La Rioja 7/2019, de 10 de enero](#) (aun en contra, si bien en el ámbito de las relaciones de encuadramiento, la [STSJ de Galicia 3933/2019, de 11 de octubre](#) –excluye la excedencia por cuidado de familiares como situación asimilada al alta para la prestación de IT, aplicando literalmente el [art. 237 LGSS](#) y la [disp. adic. cuarta, punto 1, RD 295/2009, de 6 de marzo](#)–). En este caso no se postula el efecto de discriminación indirecta por razón de sexo como consecuencia directa de los artículos [172](#) y [237](#) de la LGSS, sino de una eventual interpretación ominosa de los mismos, esto es, de una lectura restrictiva de su tenor literal en contra del imperativo del [artículo 5.1 de la Ley orgánica del Poder Judicial](#) (LOPJ), que exige interpretaciones favorables a la dimensión constitucional del derecho (principio de protección y promoción del recurso a los derechos de conciliación de la vida laboral y familiar)⁶.

En el supuesto (merece la pena reseñarlo, porque no es inusual, sino emblemático de la situación de sobrecarga de cuidar que sufren las mujeres y el perjuicio que deriva para la carrera de seguro social⁷), la trabajadora se hallaba, a la fecha del hecho causante, de alta y tenía acreditadas, al inicio de la excedencia, cotizaciones suficientes en el periodo de 5 años anteriores al inicio de dicha situación. Por lo que concurre una situación objetivada que actuaba como obstáculo para la asistencia al trabajo a fin de poder conciliar la vida laboral y familiar. En consecuencia, el órgano judicial debía removerlo (arts. [9.2 CE](#) y [5 LOPJ](#)), no recrearse en él, aplicando la «doctrina del paréntesis», única «exégesis racional de la legalidad ordinaria». En caso contrario, se incurriría en discriminación indirecta por razón de sexo, pues «un 90 % de las personas que hacen uso de la excedencia por cuidado de hijo son mujeres [...] y se verían por ello, ante una situación de IT posterior a la utilización de dicha excedencia, perjudicadas [...]».

⁶ Para este mismo enfoque en otras prestaciones del sistema, como la relativa al cuidado de hijo/a con cáncer o enfermedad grave, *vid.* [STSJ del País Vasco 1500/2020, de 17 de noviembre](#).

⁷ La trabajadora prestó servicios de trabajo productivo (remunerado) desde el 4 de julio de 2011 hasta el 20 de febrero de 2014. Posteriormente, permaneció en sucesivas situaciones de excedencia por cuidado de hijos/as (desde el 21 de abril de 2014 hasta el 17 de septiembre de 2019 –ciertamente, bastante más trabajo no remunerado que remunerado–). El 17 de agosto de 2019 retornó a su trabajo remunerado. Muy pocos días después, el 23 de agosto de 2019, solicitó prestación de IT, que le fue denegada por no reunir 180 días cotizados dentro de los 5 años inmediatamente anteriores a la fecha del hecho causante.

6. Reflexión final: el complemento, medida necesaria, no suficiente

En fin, como podemos comprobar a cada paso, la presunción de perjuicio en la protección social de las mujeres por su sobrerrepresentación en el trabajo de cuidar no remunerado (y en el remunerado o productivo, pero peor «apreciado», pese a su enorme valor social y económico), que realiza el nuevo [artículo 60 de la LGSS](#), lejos de pecar de exceso, se queda corta. No solo la rama de pensiones (cualquiera de ellas, incluida la de viudedad, y más allá del colectivo de las mujeres gitanas, por supuesto, aunque aquí tenga una significación añadida por su mayor vulnerabilidad o discriminación de género multidimensional o con efectos de interseccionalidad), sino todo el sistema de Seguridad Social, sigue adolecendo de un notable desequilibrio de género. Piénsese, por poner un nuevo ejemplo, ya apuntado, en el [artículo 6 del RDL 3/2021](#), que calificará ahora como enfermedad profesional el contagio, durante su prestación de servicios, por COVID-19 de las personas profesionales sanitarias y sociosanitarias, a diferencia del resto de situaciones de este tipo, que serán calificadas, de probarse la causa laboral, como accidente de trabajo⁸.

Sin embargo, concebida esta regla de favor como excepcional y con límites subjetivos –y temporales–, en su aplicación no podrá prescindirse del manifiesto enfoque de género que tiene también para otros colectivos aparentemente excluidos –o no nominados– (por ejemplo, personal de limpieza en tales centros sanitarios o sociosanitarios; personal de ayuda a domicilio; personal propio de residencias –si bien pueden ser sociosanitarios– para el cuidado de personas de edad avanzada –«ancianas»– si trabajan en subcontratas –otra vez crea perjuicios la externalización–, etc.). En suma, a la [ambigüedad del tenor de la norma](#), se suman sus eventuales efectos de inequidad de género. Tampoco podemos entrar ahora en esta importante y compleja cuestión, solo dejaré constancia de que, a mi juicio, hay marco normativo suficiente «ordinario» para concluir con la calificación como enfermedad profesional de los contagios con causa laboral (por ejemplo, [anexo 1, grupo 3, agente A, subagente 01, RD 1299/2006, de 10 de noviembre](#); [Directiva \(UE\) 2020/739 de la Comisión, de 3 de junio](#); [Orden TES/1180/2020, de 4 de diciembre](#) –adapta en función del progreso técnico el [RD 664/1997, de 12 de mayo](#), sobre la protección de los trabajadores contra los riesgos relacionados con la exposición a agentes biológicos durante el trabajo–, etc.).

En definitiva, por doquier hallamos razones, jurídicas y socioeconómicas, por las cuales se hace preciso avanzar más intensa y rápidamente en la reducción de la, injusta e ineficiente,

⁸ Así se prevé en la [disposición adicional cuarta del RDL 28/2020, de 22 de septiembre](#), de trabajo a distancia, que, sin embargo, debe entenderse tácitamente derogada –[disp. derog. única RDL 3/2021](#)–. Distinto es el caso del artículo 5 del RDL 6/2020, de 10 de marzo, en la redacción dada por la [disposición final décima del RDL 28/2020](#): el contagio o la cuarentena por COVID-19 son asimilados a una IT por accidente de trabajo; y el contagio por COVID-19 de una persona trabajadora en su actividad laboral es accidente de trabajo ex [artículo 156 de la LGSS](#) (prueba del origen profesional, no comunitario, del contagio).

brecha de género en protección social. El nuevo complemento –con sus virtudes y defectos– es un paso relevante, una medida necesaria, pero en modo alguno suficiente. Habrá que esperar a posteriores desarrollos legales y jurisprudenciales para calibrar sus efectos más precisamente.

Referencias bibliográficas

- Beltrán de Heredia Ruiz, Ignasi. (17 de marzo de 2021). ¿De qué exonera la certificación negativa del art. 42 ET? (a propósito de la STSVC-A 03/02/21). *Una mirada crítica a las relaciones laborales*. <https://ignasibeltran.com/2021/03/17/de-que-exonera-la-certificacion-negativa-del-art-42-et-a-proposito-de-la-stsc-a-03-02-21/>.
- Ferrando García, Francisca María. (2018). *La discriminación múltiple e interseccional en el ámbito laboral*. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 428, 19-54.
- García Campá, Santiago. (2021). *El registro salarial o retributivo*. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 455, 79-115.
- Martínez Moreno, Carolina. (2019). *Brecha salarial de género y discriminación retributiva: causas y vías para combatirlas*. Bomarzo.
- Miñarro Yanini, Margarita y Molina Navarrete, Cristóbal. (8 de marzo de 2021). ¿Libertad de empresa vs. equidad de género?: el TS perpetúa brechas retributivas (y de pensiones). *CEF-Laboral-Social*. <https://www.laboral-social.com/la-revista-trabajo-seguridad-social-cef-conmemora-8M-2021.html>.
- Molina Navarrete, Cristóbal. (2020). *La doctrina jurisprudencial por discriminación de género en el orden social*. Wolters Kluwer.
- Moreno Romero, Francisca. (2021). La anómala situación del complemento por maternidad y su impacto en el sistema de pensiones: apunte sobre su reforma por Real Decreto-Ley 3/2021. *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 58.
- Rey Martínez, Fernando. (2008). La discriminación múltiple, una realidad antigua, un concepto nuevo. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 84, 251-283. <https://dialnet.unirioja.es/download/articulo/2775864.pdf>.
- Rojo Torrecilla, Eduardo. (4 de marzo de 2021). El matrimonio gitano no permite el acceso a la pensión de viudedad según el TC. Notas a la Sentencia de 25 de enero de 2021, y la oportunidad nuevamente perdida para abordar la discriminación múltiple o interseccional. Valedora do Pobo. Galicia. https://www.valedordopobo.gal/es/essential_grid/el-matrimonio-gitano-no-permite-el-acceso-a-la-pension-de-viudedad-segun-el-tc-notas-a-la-sentencia-de-25-de-enero-de-2021-y-la-oportunidad-nuevamente-perdida-para-abordar-la-discriminacion-multiple/#_ftn2.

