

Algunos ejemplos recientes sobre la integración de la perspectiva de género en la interpretación de las normas de Seguridad Social

Recent examples of how the gender perspective is integrated into the interpretation of Social Security rules

Carolina Blasco Jover

*Profesora Titular Dpto. Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Alicante*

ORCID ID: 0000-0002-4938-2762

Recibido: 25/8/2022

Aceptado: 3/10/2022

doi: 10.20318/labos.2022.7370

Resumen: Conocidos son los estragos que causa la maternidad en la carrera profesional, pero también prestacional de las mujeres. En lógica consecuencia y a raíz de la interrelación que existe entre el ámbito laboral y el de la Seguridad Social, las asimetrías, perjuicios y patrones estereotipados por razón de género que se observan en el ámbito de la relación individual de trabajo tienen su reflejo en el campo de la Seguridad Social, siendo del todo punto necesaria o bien la intervención legislativa para corregir esta debilidad del sistema o bien la intervención judicial para acometer una interpretación transformadora o rupturista que integre la perspectiva de género correctora del Derecho en su aplicación e interpretación proyectada al caso. En este trabajo, se pretende dar cuenta de forma crítica de los argumentos que, a nivel judicial, se han ofrecido para interpretar, bajo la lupa del género, una serie de artículos de la Ley General de Seguridad Social, concretamente, el art. 163 (incompatibilidad de pensiones en el mismo régimen), el art. 183 LGSS (prestación por el cuidado corresponsable del lactante) y el art. 235 LGSS (períodos de cotización asimilados por parto).

Palabras clave: género, compatibilidad de pensiones, familia monoparental, prestación por el cuidado del lactante, subsidio por desempleo.

Abstract: Motherhood causes disarray not only in women's professional careers, but also in their benefit allocations. Due to the connection between work and Social Security, the gender asymmetries, prejudices and stereotyped patterns one can observe in individual work relationships are reflected in the Social Security domain. It is wholly necessary either for legislative intervention to correct the

*carolina.blasco@ua.es

system's weakness, or for judicial interventions to adopt a transformative or a disruptive interpretation that integrates the Law's corrective gender perspective in its application and interpretation of a case. The objective of this work was to give a critical account of the arguments that, at the judicial level in Spain have been advanced to interpret, through the prism of gender, a series of articles of Spain's General Social Security Law. We focused specifically on article 163 (incompatibility of pensions in the same regime), article 183 LGSS (allowance for co-responsible care of the infant) and art. 235 LGSS (equivalent contribution periods for childbirth).

Keywords: gender, pension compatibility, single-parent family, infant care benefit, unemployment benefit.

1. A modo de introducción

El género, la edad, la discapacidad, la enfermedad, el origen racial o la orientación sexual, entre otros, son factores todos ellos que, ya de forma aislada o ya de forma combinada, suponen un fuerte hándicap en el acceso al empleo y/o en su mantenimiento. Conscientes cada vez más de ello, los diversos organismos e instituciones actuantes en el ámbito nacional y supranacional concentran sus esfuerzos en intentar frenar ciertos patrones estereotipados, asimetrías o conductas o a remover ciertos obstáculos en pos de la consecución de una igualdad real y efectiva. Encomiable es, por ejemplo, la labor, en este punto, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, pues con su función interpretativa u orientadora está marcando el camino a seguir de jueces y legisladores nacionales para lograr alcanzar la meta que se pretende. Otra cosa, esto dicho, es que aún quede camino por recorrer y desafíos que superar; pero los avances para frenar las distintas discriminaciones existentes en el ámbito de las relaciones laborales son cada vez más visibles y certeros. Este hecho acontece también en el campo de la Seguridad Social en tanto vaso comunicante que es de las relaciones individuales de trabajo. Y aquí los esfuerzos se han concentrado especialmente en paliar de alguna forma la brecha de género existente en materia de pensiones.

Y es que hasta parece que se ha convertido ya en una fórmula casi arquetípica señalar los estragos que causa la maternidad en la carrera profesional, pero también prestacional de las mujeres, que son las que, aún hoy y aún en mayor medida que los varones, se dedican a las tareas del cuidado de descendientes, pero también –no se olvide– de ascendientes. En lógica consecuencia y a raíz de esa interrelación entre el ámbito laboral y el de la Seguridad Social a la que antes se aludía, las asimetrías, perjuicios y patrones estereotipados por razón de género que se observan en el ámbito de la relación individual de trabajo tienen su reflejo en el ámbito de la Seguridad Social, siendo del todo punto necesaria o bien la intervención legislativa para corregir esta debilidad del sistema (como ya está haciendo, introduciendo, dicho muy resumidamente, ciertos ajustes o matizaciones en determinadas normas que atiendan a la perspectiva de géne-

ro) o bien la intervención judicial para acometer una interpretación transformadora o rupturista que integre la perspectiva de género correctora del Derecho en su aplicación e interpretación proyectada al caso. Ejemplos de esto último es posible encontrar especialmente en los últimos tiempos y ello tanto en el ámbito interno como en el europeo. Baste recordar así la STJUE de 24 de febrero de 2022 (asunto Rossi, C-389/20) sobre el reconocimiento de la prestación por desempleo a las empleadas de hogar¹, la STJUE de 9 de noviembre de 2017 (asunto C-98/15, Espada Recio) relativa a la protección por desempleo de las personas con relación de trabajo vertical a tiempo parcial o la STS de 6 de febrero de 2020 (Rº. 3801/2017) sobre el cómputo del tiempo de prestación del Servicio Social de la mujer a efectos de completar la carencia necesaria para acceder a la jubilación anticipada.

Las mencionadas son sólo una pequeña muestra de las resoluciones judiciales que están marcando el camino a seguir en la materia para intentar corregir de alguna forma las desigualdades de género existentes también en el campo de la Seguridad Social. Porque el sistema, es evidente, padece de fisuras, tiene grietas por las que se escapa –si se permite la expresión– la igualdad real entre hombres y mujeres y, ante ello, tan sólo cabe que actúe el legislador o bien y en su defecto o a modo de complemento, que la labor interpretativa de los jueces y Tribunales incorpore la perspectiva de género a nuestro marco legislativo. Se podrá estar en mayor o en menor medida de acuerdo con esta labor integradora, reformista o transformadora de los órganos judiciales, pero de lo que no cabe duda es de que, para construir sociedades más justas e inclusivas, es necesario erradicar ciertos componentes de nuestro marco legislativo del sistema público de pensiones y sustituirlos por otros cuyo diseño tenga en cuenta la cuestión o el enfoque de género. Sólo así se podrá hacer frente, también desde el campo de la Seguridad Social, a ciertos estereotipos, perjuicios o conductas que dañan inexorablemente la carrera profesional, pero también prestacional de las mujeres.

Pues bien, siguiendo la estela de los pronunciamientos anteriormente mencionados, han coincidido en el tiempo una tríada de resoluciones judiciales, dictadas por instancias judiciales diferentes, que merecen que se les preste la atención debida por la labor continuista –y hasta rupturista con el *status quo*– que realizan en esta materia. De este modo, las tres coinciden en la necesidad de interpretar, bajo la lupa del género, una serie de artículos de la Ley General de Seguridad Social para no lastrar, aún más si cabe, la situación prestacional del colectivo femenino. Los preceptos que, en concreto, se cuestionan son el art. 163 (incompatibilidad de pensiones en el mismo régimen), el art. 183 LGSS (prestación por corresponsabilidad para el cuidado del lactante) y el art. 235 LGSS (períodos de cotización asimilados por parto). Al análisis de los argumentos que se emplean para integrar en ellos la perspectiva de género se destinan las páginas que siguen.

¹ Sentencia que ha dado lugar al Real Decreto-ley 16/2022, de 6 de septiembre, para la mejora de las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas trabajadoras al servicio del hogar y que garantiza, ahora ya sí, la cobertura por desempleo a las personas integrantes de este colectivo.

2. De la incompatibilidad entre pensiones de incapacidad permanente total del mismo régimen a la compatibilidad

La incompatibilidad entre pensiones derivadas del Régimen General de la Seguridad Social cuando coincidan en un mismo beneficiario se encuentra regulada en el art. 163 LGSS. El precepto, además, no sólo instauro ese mandato, sino que también indica a la entidad gestora el *iter* administrativo a seguir cuando ello acontece: iniciar el pago de la nueva prestación o, en su caso, “continuar con el abono de la pensión de mayor cuantía, en términos anuales, procediendo a la suspensión de la pensión que conforme a lo anterior corresponda”. El beneficiario, ello no obstante, tiene la opción de solicitar la revocación de esta medida adoptada por la entidad gestora y solicitar el percibo de la pensión suspendida, produciendo su decisión “efectos económicos a partir del día primero del mes siguiente a la solicitud”. La regla acabada de exponer, sin embargo, puede quedar exceptuada cuando “expresamente se disponga lo contrario legal o reglamentariamente”. Esta exigencia, que también aparece en el RETA o en el Régimen Especial de los Trabajadores del Mar, ha sido, además, refrendada en numerosas sentencias por el Tribunal Supremo. Así por ejemplo, en la STS de 14 de julio de 2014 (R.º. 2057/2013), se ofrecen, para apuntalar esta idea de una sola pensión en el mismo régimen, cuatro criterios básicos, que son los que siguen. En primer lugar, que los preceptos sobre incompatibilidad de pensiones son normas internas de cada régimen. En segundo lugar, que la incompatibilidad se rige por el principio de que la pérdida de una renta profesional no puede protegerse a la vez con la percepción de dos pensiones que tengan la misma finalidad de sustitución. En tercer lugar, que, en caso de concurrencia de pensiones, lo jurídicamente correcto en tal supuesto es reconocer la nueva pensión, ya que así se permite que el asegurado ejercite el derecho de opción recogido en la norma. Y, en cuarto lugar, que la misma naturaleza contributiva del sistema determina que unas mismas cotizaciones no den origen a un número indefinido de prestaciones que puedan percibirse simultáneamente, pero al propio tiempo se establece el modo en que las mismas pueden ser aprovechadas.

Ciertamente, se entiende el fundamento que subyace en esta regla anticúmulo. El legislador no contempla que una persona, un mismo beneficiario de la Seguridad Social, pueda lucrar en el Régimen General dos o más pensiones distintas a fin de que ello no repercuta negativamente en la sostenibilidad económica del sistema y en un reparto equitativo de los fondos públicos. Ahora bien, esto dicho, una cosa es que el diseño de esta regla se ajuste a parámetros razonables desde un punto de vista aséptico o, incluso, economicista, y otra muy distinta obviar las consecuencias que su interpretación literal puede conllevar para las mujeres. Porque sobre este mandato de la incompatibilidad parece planear la sombra de la discriminación indirecta por razón de género.

El asunto, como se conoce, ha sido resuelto por sentencia del 30 de junio de 2022 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (asunto C-625/20) a causa de la elevación de una cuestión prejudicial por el Juzgado de lo Social n.º 26 de Barcelona, de 13 de octubre de 2020 (Rec. n.º 253/2019) en el que se discutía sobre el derecho de una mujer trabajadora a percibir dos pensiones de incapacidad permanente total del Régimen General, una

reconocida en el año 1999, derivada de enfermedad común y generada con cotizaciones anteriores y la segunda reconocida en el año 2018 por accidente no laboral y sin mediar más requisito que el alta en la Seguridad Social.² En el auto, el órgano de instancia realizaba el siguiente planteamiento: si la norma del art. 163 LGSS no impide (porque no lo hace)³ la compatibilidad entre pensiones ganadas en distintos regímenes de la Seguridad Social (normalmente, en el Régimen General y en el RETA), sobre la base, incluso, de las mismas lesiones, y “si la proporción de trabajadores varones en el RETA es muy superior a la de mujeres⁴, puede llegarse a la conclusión de que el reconocimiento de la compatibilidad de pensiones será mucho más factible en caso de hombres que de mujeres”. O, dicho de otro modo, la pregunta que surge realizando una interpretación ya no literal del art. 163 LGSS, sino desde un enfoque de género, es la siguiente: ¿se vislumbra en el redactado legal una posible discriminación indirecta por razón de género al ser las mujeres las que, por su condición de cuidadoras y su más débil situación con respecto al mercado de trabajo, tienen más complicado acceder al empleo autónomo, al tiempo y a la financiación y al capital necesario para el desarrollo de una actividad por cuenta propia que les obstaculizaría quedar afiliadas al RETA y, por lo tanto, sin posibilidad de lucrar una pensión en ese régimen que pudiera compatibilizarse con otra ganada en el Régimen General?

A esta pregunta intenta dar respuesta la sentencia europea, aunque bien es verdad que con ella no se zanja de modo definitivo la controversia. Y es que, como ya viene siendo habitual, el Tribunal procede al reenvío de la cuestión al órgano remitente, aunque, eso sí, ofreciéndole ciertas pautas –acordes con lo dispuesto en la Directiva 79/77/CEE relativa a la aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social– que le marcan a éste el camino a seguir en su resolución. De este modo, comienza señalando que, en efecto, la incompatibilidad entre pensiones de un mismo régimen y la compatibilidad entre pensiones de diversos regímenes parece provocar una diferencia de trato, aunque no entre hombres y mujeres, sino, más bien, entre el colectivo de personas trabajadoras en general. Y ello en tanto en cuanto habrá un grupo que pueda compatibilizar diversas cuantías económicas (los incluidos en dos o más regímenes) y, en consecuencia, disfrutar de una pensión global

² Para esta segunda, ello no obstante, y de haber requerido cotizaciones previas, la actora también acreditaba cotización suficiente posterior al año 1999 para acceder a la pensión.

³ De nuevo, STS de 14 de julio de 2014 (Rº. 2057/2013) y también STS de 21 de febrero de 2018 (Rº. 1498/2016). Ilustrativa también es la STSJ País Vasco de 5 de marzo de 2013 (Rº. 345/2013) que afirma: “si atendemos a la doctrina jurisprudencial unificada referida y a los datos que concurren en el presente supuesto, debemos confirmar la compatibilidad declarada en la instancia. En efecto, nos encontramos ante dos pensiones reconocidas por regímenes distintos y como consecuencia de cotizaciones no simultáneas, siendo irrelevante que la lucrada por el RETA no precisara de cotización previa por razón de su contingencia. Por otra parte los cuadros clínicos que determinaron los dos reconocimientos no fueron los mismos, siendo buena muestra de ello que la contingencia rectora en los dos casos no fue la misma, estando ante dos panoramas diferentes que fueron puestos en relación con profesiones distintas ejercidas en períodos no coincidentes”.

⁴ Para realizar esta afirmación, el juzgador trae a colación datos estadísticos, en concreto, la cantidad de hombres y mujeres afiliados en los distintos regímenes de la Seguridad Social, aunque poniendo el acento en los dos regímenes con más afiliados, el Régimen General y el RETA.

de mayor cuantía y otro grupo que no pueda hacerlo (los incluidos en uno sólo) y deba conformarse con el monto económico correspondiente a una única pensión. Para la Sala, esta diferencia de trato, ya de entrada, parece no estar justificada en tanto que ninguna causa logra encontrar para ello, máxime teniendo en cuenta que la incapacidad permanente total (que, recuérdese, es la pensión en liza) sirve al mismo propósito tanto en el Régimen General como en el RETA, compensar por la pérdida de ingresos que supone no poder ejercer la actividad profesional habitual.⁵

Dejando esto apuntado, acomete entonces el Tribunal la tarea de deslindar si la norma contenida en el art. 163 LGSS implica una discriminación indirecta hacia las mujeres. Y, para despejar la duda, pone en la balanza dos cuestiones. De un lado, los datos estadísticos, cuyo valor probatorio a estos efectos –y como también viene siendo habitual–⁶ deja fuera de toda duda, siempre que sean fiables y lo suficientemente significativos y no respondan a fenómenos meramente fortuitos o coyunturales. De otro, los objetivos pretendidos con la inclusión de esta incompatibilidad en la norma. Con respecto a los primeros, señala el Tribunal que el órgano remitente no debe quedar limitado por el porcentaje de hombres y mujeres afiliados al Régimen General y al RETA, en tanto que no existe una relación directa entre la afiliación a un régimen en concreto y el número de perjudicados por regla de la incompatibilidad. Por lo tanto, para comprobar si existe una desigualdad que deba corregirse, indica la Sala que el órgano remitente debe tomar en consideración, en primer lugar, al conjunto de trabajadores y trabajadoras que, en principio, pudieran tener derecho a más de una incapacidad permanente total. Partiendo de este dato, se debe confrontar el número de trabajadores a los que no se les permite compatibilizar las pensiones por la regla anticúmulo con el número de trabajadores varones a los que sí se les permite hacerlo por derivar aquéllas de regímenes distintos y actuar de igual forma con las mujeres. Obtenidos esos porcentajes, deben compararse entre sí para apreciar la importancia de la eventual diferencia entre el número de trabajadores varones afectados negativamente por la incompatibilidad y el número de trabajadoras en igual situación.

Aun con revestir cierta complejidad, se entiende el modo de razonar del Tribunal. No se trata tanto de ver y analizar toda una serie histórica o el número total de afiliados hombres y mujeres a los distintos regímenes de la Seguridad Social y derivar de ahí, en bruto, una serie de consecuencias, sino, más bien, de comprobar si entre los concretos afectados por el mandato anticúmulo puede apreciarse o no la discriminación indirecta que se alega. Será interesante comprobar qué resultados arrojan las estadísticas, porque, más allá de las operaciones que señala la Sala que deben realizarse, sí que es cierto que, según datos requeridos al INSS por el propio TJUE y a diciembre de 2021, había un porcentaje mayor de trabajadores varones (69.06%) que de mujeres que, en principio, podían acumular al menos dos pensiones de IPT (30.93%), pero un porcentaje similar de hombres (54.43%)

⁵ Lo que implica “su compatibilidad con el ejercicio de una actividad distinta de la habitual para la que sí tenga habilidad o capacidad física la persona trabajadora, pero no su compatibilidad con el desempeño retribuido de la misma profesión habitual respecto de la que se ha declarado la invalidez” (STS de 18 de enero de 2002, Rº. 2479/2001).

⁶ Por ejemplo, STJUE de 21 de enero de 2021 (asunto C-843/19).

y de mujeres (45.56%) afectados negativamente por la regla del art. 163 LGSS, al menos, eso sí, en el Régimen General.⁷ Con todo y por si las cifras arrojaran unos resultados no muy abultados, el Tribunal recuerda que ello no impediría apreciar una apariencia de discriminación indirecta por razón de sexo, en tanto que una diferencia menos importante, pero persistente y relativamente constante durante un largo período de tiempo entre trabajadores y trabajadoras podría, también, poner de manifiesto esa desigualdad.

En cualquier caso y como antes se ha dicho, la Sala coloca en la balanza no sólo las estadísticas, sino también el propósito que pretende alcanzarse con una exigencia como la que es objeto de controversia, esto es, la sostenibilidad del sistema de pensiones al evitarse en estas situaciones el pago de dos pensiones del mismo régimen a un mismo beneficiario de la Seguridad Social y el reparto equitativo de los fondos públicos. En este punto, el Tribunal recuerda que la preservación de la viabilidad del sistema de Seguridad Social puede considerarse un objetivo legítimo de política social ajeno a toda discriminación por razón de sexo. No obstante y con todo, reconoce que la regla anticúmulo no se aplica de forma coherente y sistemática y no puede ser adecuada para alcanzar el objetivo invocado. Y no puede serlo por una razón muy sencilla: porque si de lo que se trata es de garantizar la viabilidad presupuestaria y garantizar una asignación racional de los fondos públicos, no parece tener mucho sentido que se permita la acumulación y, por lo tanto, el pago de dos pensiones cuando éstas derivan de dos regímenes distintos y denegarla cuando provienen del mismo régimen. Si de lo que se trata, dicho de otro modo, es de evitar un dispendio público adicional, no se entiende cómo se permite la acumulación para unos casos y no para otros, máxime cuando ello implica conceder una ventaja económica para un grupo de beneficiarios sobre otro.

A mi modo de ver, creo que es certero el Tribunal con este último argumento. Más allá de lo que puedan demostrar los datos estadísticos sobre los distintos porcentajes de hombres y de mujeres penalizados por la norma del art. 163 LGSS (datos que, posiblemente, evidencien que la regla coloca a las mujeres en una clara posición de desventaja sobre los trabajadores varones), lo cierto es que la viabilidad del sistema no puede servir de excusa para ofrecer a ciertos trabajadores, sean hombres o mujeres, una sobreprotección, una ventaja económica sobre el resto. Si de lo que se trata es de realizar un gasto racional de los recursos públicos, no parece existir justificación alguna para denegar la compatibilidad en un mismo régimen y para aceptarla cuando las pensiones provienen de diferentes regímenes. El criterio para ambos casos, que debería ser homogéneo, no lo es, lo que implica la generación de situaciones poco equitativas y que merecen ser corregidas o, como poco, tomarlas en consideración.

En este sentido, podría defenderse la incompatibilidad entre las pensiones, sean de un mismo régimen o de distintos, de forma generalizada y ello habida cuenta de las consabidas dificultades presupuestarias por las que atraviesa el sistema de la Seguridad Social. Con todo, a nadie se le escapa que esta solución no sería completamente satisfactoria, primero porque supondría impedir u obstaculizar el pluriempleo o la pluriac-

⁷ El INSS no le remitió al TJUE los datos correspondientes al RETA.

tividad de los trabajadores, algo que, a su vez, el propio sistema no puede permitirse, y segundo, porque chocaría frontalmente con la idea motriz que inspira, en concreto, a la pensión de incapacidad permanente total, la reinserción laboral de las personas que padecen algún tipo de circunstancia inhabilitante para prestar servicios en su profesión habitual, pero no en otra o en otras. Y así, tratando de conciliar todos los intereses en juego, podría pensarse, en línea de principio, en una modificación legislativa, acaecida al socaire de la sentencia europea, por la que se permitiera compatibilizar, ya sea en el mismo régimen o en regímenes distintos, dos pensiones ganadas en sucesivos momentos y con distintas cotizaciones y con fundamento en distintas actividades. Con todo, la aplicación de esta regla, que supondría superar el alcance limitado o *ad intra* del actual art. 163 LGSS (y sus homólogos), debería quedar sujeta, en mi opinión, a tres condicionantes. En primer lugar, al consabido criterio de que la posterior pensión no absorba a la anterior (caso de una incapacidad permanente total inicial y una incapacidad permanente absoluta posterior). En segundo lugar, a que la suma de ambas pensiones quede topada en un máximo, precisamente para que la medida fuera acorde con ese principio de racionalidad de los recursos propios del sistema de la Seguridad Social al que anteriormente se aludía. Y tercero y por último, a que las dolencias causantes fueran de distinta índole, de modo tal que pudieran ser valoradas de forma independiente. En caso contrario, esto es, si existiera un mismo estado patológico, generando una limitación acumulada en el mismo beneficiario de la Seguridad Social, creo que la incompatibilidad debería desplegar todos sus efectos, si quiera sea en atención al principio de evitación del enriquecimiento injusto, que es lo que sería percibir dos prestaciones por el mismo estado patológico. La incompatibilidad, pues, sólo estaría justificada en caso de que las pensiones sucesivas se hubieran reconocido en atención a las mismas dolencias, pues, si de lo que se trata es de evitar que se lucren pensiones por el mismo esfuerzo contributivo y que se duplique la protección ante un mismo estado de necesidad, lo más coherente es entender que las dolencias que provoquen las diversas pensiones habrían de ser distintas.

Ciertamente, esta medida constituiría –si se permite la expresión– una suerte de “café para todos”, puesto todo aquel, hombre o mujer, que estuviera en esta circunstancia tendría derecho a la compatibilidad; pero, sin embargo, no parece que ello pudiera ser suficiente para eliminar cualquier atisbo de discriminación. La reduciría notablemente eso seguro, porque las mujeres, sin necesidad de estar en dos o más regímenes, tendrían la opción de compatibilizar pensiones en un mayor número de ocasiones que ahora. Pero ¿sería ésta una medida que erradicaría totalmente la discriminación existente? Para responder a esta pregunta, hay que, necesariamente, dar un paso hacia atrás para ofrecer una visión de conjunto más amplia. Porque sobre lo que hay que reflexionar es sobre si las trabajadoras acceden en menor proporción que los hombres a las pensiones de incapacidad permanente. Éste, sin duda, es otro problema distinto a la compatibilidad entre pensiones, añadido, desde luego, a la situación, pero distinto porque entonces la discriminación ya no derivaría de la aplicación del art. 163 LGSS, que es la norma que la sentencia europea pone en cuestión, sino de otro u otros condicionantes. Pero, vayamos por partes.

Porque, a bote pronto, llegar a la conclusión de que existe un mayor número de trabajadores varones a los que se les reconoce una pensión de incapacidad permanente con respecto a las mujeres puede ser tarea no tan sencilla de emprender. Ciertamente, sí lo es de fijarse en los datos estadísticos y comprobar el número de mujeres que en el Régimen General y en el RETA acceden a la pensión de incapacidad permanente frente a los hombres.⁸ De acometer ese ejercicio, resulta que, a junio de 2022⁹ y tomando como referencia las pensiones en vigor, hay, en total, un número mayor de pensionistas varones por incapacidad permanente (598.125, el 62.79%) que de pensionistas mujeres (354.311, el 37.21%). Y, si prestamos atención al desglose entre el Régimen General y el RETA, se aprecia que, en el Régimen General, un 59.43% de los pensionistas varones perciben la prestación, mientras que las pensionistas representan el 40.57%. Mientras, en el RETA, un 68.05% son pensionistas varones, mientras que las mujeres representan el 31.95%. A ello se añade la cuantía de la pensión media que, proporcionalmente, es mayor en los hombres que en las mujeres.

	Incapacidad permanente					
	Total		Hombres		Mujeres	
	Núm.	P. Media	Núm.	P. Media	Núm.	P. Media
Total sistema	952.436	1.035,43	598.125	1.089,41	354.311	944,31
RGSS	726.616	1.055,33	431.828	1.110,56	294.788	974,42
RETA	115.212	787,84	78.403	816,23	36.809	727,36

*Fuente: Seguridad Social.

Esta tendencia es constante en todos los meses del año 2022, pero incluso en los años precedentes. Como botón de muestra, véanse, por ejemplo, años alternos, el año 2020 y el 2018. En el 2020, en el Régimen General había un 59.99% de pensionistas varones por incapacidad permanente frente al 40.01% de pensionistas mujeres, mientras que, en el RETA, había un 68.46% de pensionistas varones frente al 31.54% de pensionistas mujeres. En el 2018, por su parte, en el Régimen General había un 60.82% de pensionistas varones por incapacidad permanente frente al 39.18% de pensionistas mujeres, mientras que, en el RETA, había un 68.82% de pensionistas varones frente al 31.18% de pensionistas mujeres.

De completar y seguir con la serie histórica, se apreciaría una tendencia evidente que mostraría que, en efecto, más hombres que mujeres acceden a la pensión de incapacidad permanente. Y podríamos quedarnos ahí y, desde ese punto, intentar proponer soluciones para solventar tal problema. Ahora bien, conviene tener en cuenta, antes de continuar, que estos datos tan sólo ofrecerían una visión parcial de la situación.¹⁰ Y ello

⁸ Así afronta la tarea Arenas, Miguel, 2022. Comentario de urgencia respecto a la STJUE 30/06/2002 (asunto C-625/2020). Derecho a percibir dos pensiones de IPT en el mismo régimen". Disponible en <https://miguelonarenas.blogspot.com/2022/07/comentario-de-urgencia-respecto-la.html> [consulta 10 de julio de 2022].

⁹ En tanto que junio de 2022 es el último mes con datos a fecha de cierre de este trabajo.

¹⁰ Por realizar una operación matemática sencilla, imagínese lo siguiente: si las mujeres afiliadas en el Régimen General en junio de 2022 fueran tan sólo 300.000 y a 294.788 de ellas se les hubiera concedido la

porque justamente extraer conclusiones de toda una serie histórica es lo que proscribe el TJUE, es el error que comete el juez de instancia al elevar la cuestión prejudicial y que es puesto de manifiesto por la Sala mostrándole otro método de cálculo: la comparación entre proporciones o magnitudes. Algo que, a mi modo de ver, debería hacerse en tres pasos: primero, comparando el número de trabajadores varones afiliados al Régimen General con el número de pensionistas varones que perciben una pensión de este tipo; segundo, comparando el número de trabajadoras afiliadas al Régimen General con el número de pensionistas mujeres que perciben una pensión de este tipo; y, tercero, comparando ambas proporciones. Desde luego y para obtener una fotografía más detallada, la operación se repetiría en el RETA.

AÑO	RÉGIMEN	PENSIONES				AFILIADOS				RELACIÓN ENTRE PENSIONES CON EL NUM. DE AFILIADOS		
		HOMBRES	V. HOMBRES	MUJERES	V. MUJERES	HOMBRES	V. HOMBRES	MUJERES	V. MUJERES	HOMBRES	MUJERES	DIFERENCIAL
2022	RGSS	431.828		294.788		8.564.813		8.124.014		5,04%	3,63%	38,95%
	RETA	78.403	-8,38%	36.809	-4,94%	2.125.058	1,69%	1.213.334	6,30%	3,69%	3,03%	21,62%
2021	RGSS	431.038		290.373		8.199.734		7.701.875		5,26%	3,77%	39,43%
	RETA	79.624	-7,17%	36.965	-5,71%	2.120.881	2,75%	1.192.255	6,69%	3,75%	3,10%	21,09%
2020	RGSS	433.151		286.706		7.835.658		7.337.446		5,53%	3,91%	41,47%
	RETA	81.203	-6,36%	37.266	-9,70%	2.085.673	4,79%	1.160.884	9,98%	3,89%	3,21%	21,28%
2019	RGSS	436.805		284.776		8.312.545		7.789.345		5,25%	3,66%	43,73%
	RETA	83.424	-2,51%	38.081	-1,65%	2.110.507	1,00%	1.176.935	3,11%	3,95%	3,24%	22,17%
2017	RGSS	435.019		270.518		7.716.185		7.180.727		5,64%	3,77%	49,65%
	RETA	85.573	-0,23%	38.720	-1,23%	2.089.643	1,24%	1.141.411	2,14%	4,10%	3,39%	20,72%
2015	RGSS	428.119		256.249		7.120.554		6.705.949		6,01%	3,82%	57,34%
	RETA	85.771	-1,09%	39.203	-5,00%	2.064.083	3,70%	1.117.521	5,87%	4,16%	3,51%	18,45%
2013	RGSS	428.627		250.648		6.775.079		6.457.719		6,33%	3,88%	63,00%
	RETA	86.716	-1,18%	41.267	-4,02%	1.990.382	-1,17%	1.055.570	0,09%	4,36%	3,91%	11,44%
2012	RGSS	432.112		249.945		7.105.237		6.605.172		6,08%	3,78%	60,72%
	RETA	87.751		42.994		2.014.011		1.054.626		4,36%	4,08%	6,88%

Ésta sería una forma de acercarse al problema estadístico más acorde con lo que el TJUE requiere. Partiendo, pues, este método de cálculo, para este trabajo se ha optado por comprobar las estadísticas de tres años en concreto (2022, 2017 y 2012). Es decir, se analiza una línea de tiempo de tres años no consecutivos, pero separados entre sí por un intervalo de cinco años, para ofrecer, de este modo, un muestreo de un arco temporal de diez años. Con todo y para comprobar líneas de tendencia, se han analizado también otros años intermedios (2013, 2015, 2019, 2020 y 2021). A partir de ahí, se ha comparado el número de afiliados en el mes de junio en alta en el Régimen General¹¹ y en el

pensión, es evidente que ninguna problema de acceso a la misma tendrían por el hecho de ser mujeres, pues prácticamente a todas ellas se les habría otorgado.

¹¹ En el Régimen General, además de a los trabajadores propios de este régimen, se han sumado los trabajadores del sistema especial agrario y del sistema especial de empleados de hogar.

RETA¹² (realizando la segregación entre sexos) con el número de pensionistas hombres y mujeres también para esos años y para ese mes. Y los resultados en página anterior.

La tabla (página 46), ciertamente, puede tener dos lecturas, en absoluto excluyentes. Por un lado, es notorio, si nos fijamos en la columna del diferencial, el hecho de que un mayor porcentaje de hombres que de mujeres tiene derecho a la pensión de incapacidad permanente (un 38.95% más en el Régimen General y un 21.62% más en el RETA). Desde este punto de vista, puede decirse que esta pensión se encuentra masculinizada y que la eliminación de la incompatibilidad entre pensiones del mismo régimen ayudaría a paliar la discriminación por razón de género, pero no la eliminaría de raíz.¹³ Pero, sin negar aquella conclusión, lo cierto es que también puede apreciarse, si ahora ponemos la lupa sólo sobre el Régimen General, cómo las mujeres van accediendo a lo largo de los años con más facilidad a este tipo de pensiones. De hecho y de nuevo con los datos que arroja la columna del diferencial, las cifras se van reduciendo notablemente: 11.07 puntos de diferencia entre el 2012 y el 2017 (de 60.72% a 49.65%) y 10.7 puntos de diferencia entre el año 2017 y el 2022 (de 49.65% a 38.95%). A mi modo de ver, este dato evidencia claramente que, a pesar de todo, a pesar de que la pensión presenta un sesgo de género evidente, cada vez hay más mujeres que acceden a ella, lo que conduce, al tiempo, a la conclusión de que no existe o, mejor dicho, no parece existir *a priori*, una barrera de acceso a la misma a partir, como se ha apuntado¹⁴, de la configuración de la propia incapacidad permanente por grados. No creo, con estos resultados en la mano, que la Disposición Transitoria 26ª LGSS sea el problema. A mi juicio, más bien, se trata de que, también aquí, se evidencia ese trasvase que existe de la brecha de género en el empleo a la Seguridad Social. Se muestra ello en el menor número de mujeres afiliadas y en alta al Régimen General, en el menor número de pensiones que, por ende, perciben respecto de los hombres e, incluso, en la menor cuantía económica que se les abona, fruto todo ello de las dificultades que encuentran las mujeres en el acceso y en el mantenimiento del empleo y en su menor remuneración a causa de factores tan diversos como su habitual prestación de servicios en sectores o profesiones de más bajo nivel económico o los riesgos que para su carrera profesional conlleva la maternidad y los cuidados. Y, además de todo esto, tampoco puede pasarse por alto que las mujeres se dedican en mayor número que los hombres a profesiones o sectores con menor exigencia física que tal vez no desencadenen tantas patologías como

¹² En el RETA, se han incluido a los trabajadores autónomos propiamente dichos y a los autónomos del SETA.

¹³ Como tampoco solventaría el problema, vistos los datos, el caminar hacia la fórmula del principio de pensión única en el sistema equiparando el régimen de pluriactividad con el de pluriempleo. En esta postura, Trillo García, Andrés Ramón, 2022. A propósito de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 30 de junio de 2022 recaída en el asunto C-625/20, KM contra el INSS". En Brief de la AEDTSS. Disponible en <https://www.aedtss.com/a-proposito-de-la-sentencia-del-tribunal-de-justicia-de-la-union-europea-de-30-de-junio-de-2022-recaida-en-el-asunto-c-625-20-km-contra-el-inss/> [consulta 10 de julio de 2022].

¹⁴ Arenas, Miguel, 2022. Comentario de urgencia respecto a la STJUE 30/06/2002 (asunto C-625/2020). Derecho a percibir dos pensiones de IPT en el mismo régimen". Disponible en <https://miguelonarenas.blogspot.com/2022/07/comentario-de-urgencia-respecto-la.html> [consulta 10 de julio de 2022].

en las que están empleados los hombres¹⁵, como por el hecho de que ellas, por regla general, cuidan mejor de su salud y tienen una mayor capacidad para tolerar sus dolencias y continuar trabajando.

La situación de las trabajadoras autónomas es más compleja porque, si se observa la columna del diferencial, en el año 2012 tan sólo había un 6.88% más de hombres que accedieron a la pensión respecto de las mujeres, pero en los años 2017 y 2022 el diferencial ya crece al 20%. Ciertamente, con estos datos, sería fácil llegar a la conclusión de que, en el RETA, pesa sobre las mujeres pensionistas una clara discriminación que ha ido aumentando a lo largo del tiempo. Algo que se vería corroborado por el hecho de que este régimen se encuentra fuertemente masculinizado. Esta sería una forma de verlo, cierto; pero existe otra, más cercana a la lógica matemática, que podría –y debe subrayarse ese “podría”– ofrecer otra solución. Veamos.

Las primeras columnas de “V. Mujeres” y “V. Hombres” representan la velocidad a la que crecen las pensiones o, dicho de mejor forma, decrecen. Porque, si se observa, el número de pensiones en el RETA, ya sea su destinatario hombre o mujer, experimenta descensos, más acusados ciertamente en los años 2020, 2021 y 2022, años pandémicos y, por lo tanto, años con mayor número de fallecimientos en España. Por su parte, las otras columnas marcadas con “V. Mujeres” y “V. Hombres” representan la velocidad a la que se afilian los hombres y las mujeres al RETA y, si se observan con detalle, es fácil vislumbrar que las mujeres se afilian a este régimen a una mayor velocidad que sus compañeros varones. Pues bien, si aunamos todos estos datos, se observa que el diferencial resultante (recuérdese, un mayor porcentaje de hombres que de mujeres percibiendo la prestación) viene condicionado por el hecho de que es más rápida la velocidad de afiliación de las mujeres en el RETA que la velocidad a la que se generan pensiones que, además, mantiene una velocidad negativa a lo largo de los años.

Esta sería la explicación que ofrece el modelo matemático y, de aceptarla, habría de concluirse que, aunque en el año 2012 la diferencia en el porcentaje de hombres sobre mujeres que accedieron a la pensión era muchísimo menor que en el año 2022, la cifra actual viene condicionada por la mayor celeridad que se observa en la afiliación de mujeres en este régimen sobre la que corresponde a la de varones. Ciertamente, es alta la diferencia (un 21.62% de los hombres sobre las mujeres en el momento actual disfrutaban de una pensión de incapacidad permanente) y ello puede hacer pensar, de nuevo, en todos esos factores que se reseñaron cuando se aludió más arriba a las cifras del Régimen General; pero es que, a su vez, también se ha producido de forma más acusada la afiliación de las mujeres en el RETA, con lo cual unas cifras compensan –o parecen compensar– a las otras. A mayor abundamiento, ese dato de la mayor rapidez con que las mujeres se afilian a este régimen tampoco cabe minusvalorarlo. Y es que es del todo punto significativo, desde el punto de vista de la igualdad, que cada vez más mujeres opten por afiliarse al

¹⁵ Como botón de muestra, sirvan tres ejemplos: a junio de 2022 y sumados el Régimen General y el RETA, en la construcción de edificios hay empleados 434.983 hombres frente a las 65.717 mujeres, en el sector del transporte terrestre y por tubería hay 542.556 hombres frente a las 78.632 mujeres y en la fabricación de productos metálicos hay 226.457 hombres frente a las 39.174 mujeres.

RETA, lo que puede ser debido a condicionantes tan diversos como el relevo generacional en las empresas, el mayor atractivo que puede tener el emprendimiento a la hora de conciliar mejor la vida familiar con la laboral o la búsqueda de un segundo empleo que complemente los ingresos que se perciben en un trabajo por cuenta ajena.

Hechas, pues, todas estas consideraciones y descartadas, en consecuencia, otras propuestas que se han realizado, tal vez una solución que podría plantearse para atajar las diferencias existentes pudiera ser la de integrar la perspectiva de género en el tratamiento de salud laboral, lo que pasaría, a los efectos que aquí importan, por integrar los riesgos psicosociales, que presentan un sesgo fuertemente feminizado¹⁶, en el anexo I (o, incluso, en el II) del RD 1299/2006. Como se sabe, el anexo I contempla seis grupos de patologías relacionadas con agentes o sustancias contaminantes presentes en el entorno de trabajo que son consideradas, *per se*, como enfermedades profesionales.¹⁷ En el anexo II, por su parte y de modo complementario, se relaciona una lista de enfermedades, también derivadas de agentes y sustancias contaminantes, cuyo origen profesional se sospecha y cuya inclusión en el cuadro de enfermedades profesionales podría contemplarse en el futuro. Pues bien, en la medida en que los riesgos psicosociales son “invisibles”, es decir, más difíciles de demostrar que éstos últimos y de vislumbrar el nexo causal directo con la prestación de servicios y el entorno de trabajo¹⁸, se comprende la reticencia del legislador a incluirlos en estos listados.

Ello no obstante, a mi modo de ver, convendría tener en cuenta también que tales riesgos son susceptibles, de igual forma que los anteriormente mencionados, de sustentar una incapacidad o de mantenerla, pues pueden condicionar y mucho el estado psíquico, pero también físico, de la persona trabajadora y la manera en que afronta su trabajo, pueden agravar otras enfermedades o iniciarlas, condicionar una respuesta no óptima al tratamiento médico que se prescriba y retardar con todo ello la vuelta al puesto de trabajo. Listarlas –tarea no sencilla, pero no por ello imposible de acometer– podría sacar a la luz muchos trastornos de la salud en profesiones o sectores altamente feminizados (piénsese en el sector educativo, sanitario, de asistencia social o servicios sociales) y provocar, en consecuencia, un aumento en el número de mujeres beneficiarias de una

¹⁶ Sobre ello, vid. los estudios “Guía género y riesgos psicosociales en el trabajo”, publicado en <https://www.ugt.es/sites/default/files/guiageneroyriesgosweb.pdf> y “New risks and trends in the safety and health of women at work, European Risk Observatory, European Agency for Safety and Health at Work”, publicado en <https://osha.europa.eu/sites/default/files/new-risks-safety-health-women-work.pdf>. Y también Rodríguez Muñoz, Alfredo, Riesgos psicosociales en el entorno laboral: una perspectiva de género. En Blázquez Agudo, Eva María (Dir.), *Informe sobre salud laboral desde la perspectiva de género*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, 2017, 16-26 y Cifre, Eva, Agut, Sonia y Salanova, Marisa, Demandas y características del trabajo como predictores de la salud mental en el trabajo en función del sexo. *Revista de Psicología del Trabajo y de las Organizaciones*, vol. 3, n.º 16, 2000, 243-258.

¹⁷ A estos efectos, señala el art. 157 LGSS que “se entenderá por enfermedad profesional la contraída a consecuencia del trabajo ejecutado por cuenta ajena en las actividades que se especifiquen en el cuadro que se apruebe por las disposiciones de aplicación y desarrollo de esta ley, y que esté provocada por la acción de los elementos o sustancias que en dicho cuadro se indiquen para cada enfermedad profesional”.

¹⁸ Por poner un ejemplo, los factores que provocan una enfermedad mental pueden ser multicausales, no necesaria y estrictamente de índole laboral.

pensión de incapacidad permanente.¹⁹ Sería ésta, en definitiva, una propuesta a partir de la cual afrontar también el problema de la discriminación en esta pensión, que tal vez podría contribuir, junto con la eliminación de la regla de la incompatibilidad, a reducir en una mayor medida la brecha existente entre hombres y mujeres en este ámbito.²⁰

3. La prestación por el cuidado corresponsable del lactante: cuando no extenderla a las familias monoparentales puede suponer (¿o tal vez no?) una discriminación por razón de género

El art. 2.9 RD Ley 6/2019, de 1 de marzo, de medidas urgentes para garantía de la igualdad de trato y de oportunidades entre mujeres y hombres en el empleo y la ocupación modifica el apartado cuarto del art. 37 ET con el fin de otorgarle una nueva redacción al permiso por lactancia más ajustada a los cánones que marca la corresponsabilidad entre progenitores. De esta forma, se modifica su denominación, se clarifican aspectos tales como su finalidad y su titularidad, se realizan ajustes en el ejercicio del derecho a la reducción de jornada y se introduce como novedad lo que bien podría pasar a denominarse “reducción de jornada corresponsable” que se extiende de los nueve a los doce meses de vida del menor. Precisamente a esta extensión del derecho a la reducción de jornada se le anuda una prestación económica a cargo de la Seguridad Social contemplada en los arts. 183 a 185 LGSS y cuya finalidad es paliar la reducción salarial que se sufrirá durante esos tres meses de más que se conceden más allá de los nueve meses de vida del lactante. Su cuantía está tasada en un “subsido equivalente al 100% de la base reguladora establecida para la prestación de incapacidad temporal derivada de contingencias comunes y en proporción a la reducción que experimente la jornada de trabajo” y se extinguirá cuando el menor cumpla los doce meses.

Lo que se pretendió en su momento por quien legisla era claro: incentivar el ejercicio masculino del derecho y promover la corresponsabilidad para no hacer recaer sobre la mujer la carga del cuidado. Ahora bien, tanto el permiso en sí como la prestación llevan, en su virtud, la penitencia, si se permite la expresión porque, en efecto, al intentar favorecer la situación del colectivo femenino, terminan por perjudicar a un modelo de familia distinto del tradicional o biparental, esto es, a las familias monoparentales encabezadas, precisamente, en su mayor parte, por mujeres.²¹ Y es que con ser muy loable el propósito

¹⁹ A fin de cuentas, para lucrar la pensión de incapacidad permanente por enfermedad profesional no se exige período de cotización, hecho éste que podría favorecer a muchas mujeres con períodos de cotización irregulares en el tiempo a causa de las labores de cuidado o sin la cotización suficiente.

²⁰ De hecho, de no poderse integrar en el anexo I del RD 1299/2006, hay quien ha propuesto contemplarlas en el anexo II, conformando así una suerte de listado de enfermedades psicosociales que gozarían de una presunción *iuris tantum* de laboralidad, admitiéndose, pues, en ellas la prueba en contrario. Así, Contreras Hernández, Óscar, La inclusión de los riesgos psicosociales en el cuadro de enfermedades profesionales: evidencias y propuestas para una revisión legal. En AA.VV., *Accidentes de Trabajo y enfermedades profesionales. Experiencias y Desafíos de una protección social centenaria*, Murcia, Laborum, vol. I, 2020, 433-444.

²¹ Tomando como referencia los datos estadísticos del INE del año 2020 (último año a la fecha de cierre

que inspira el RD Ley 6/2019, lo cierto es que ciertas matizaciones que introdujo esta norma colocan en una muy difícil tesitura a las mujeres que, bien por decisión bien por otras circunstancias, deciden afrontar la maternidad en solitario, con todo lo que innegablemente ello comporta. Si como muestra un botón, véase el caso de la suspensión por nacimiento de hijo (entendida en su más amplia expresión). Muy sorprendentemente, se indica en el actual art. 48.6 ET, en la redacción dada por el Real Decreto antes mencionado, que las dieciséis semanas que disfruta cada progenitor quedan ampliadas en dos más en el supuesto de discapacidad del hijo o en el supuesto de nacimiento, adopción, guarda con fines de adopción o acogimiento múltiple, pero siempre que una de esas dos semanas de más sea disfrutada por cada uno de los dos progenitores. Y resulta este hecho sorprendente en tanto en cuanto, como se recuerda, con anterioridad a la reforma operada, ninguna distribución imperativa se realizaba de este período adicional. Simplemente, se añadían, de concurrir las circunstancias, dos semanas más a las dieciséis ya previstas de suspensión, advirtiéndose –eso sí– de que si ambos progenitores trabajaban, ese período adicional se distribuiría a opción de los interesados, pudiendo disfrutarlo de forma simultánea o sucesiva, pero en todo caso ininterrumpida. No obstante, la actual redacción, que no deja margen a la interpretación, implica que deban existir dos progenitores necesariamente y que entre ambos se procederá a realizar el reparto de las dos semanas adicionales, pues a cada uno de ellos se le otorgará una semana de más. La diferencia es notable, como puede apreciarse y, evidentemente, se entiende cuál ha sido el modo de discernir del legislador y, en consecuencia, desde esa óptica, nada podría objetarse. Ahora bien, de nuevo no hace falta agotar muchos argumentos para sostener que nos encontramos con una norma que favorece un único modelo de familia, el biparental, en el que ambos progenitores pueden asumir el cuidado del menor y que excluye o, al menos, no parece tener en cuenta la existencia de hogares con un único cabeza de familia que asume él solo la responsabilidad en el cuidado del hijo. La retirada en estos supuestos de una semana más de suspensión no tiene justificación objetiva y razonable posible porque simplemente no se entiende el motivo por el que, en supuestos en los que la carga de la crianza es mayor, deba el padre o la madre titular de un hogar monoparental disfrutar de una única semana de más por encima de su período de suspensión. Afortunadamente y aunque lo correcto sería que esta deficiencia se corrigiera legislativamente (algo que,

de este trabajo), el total de hogares en España era de 18.754.800. De ellos, el tipo de hogar más frecuente en fue el formado por parejas, con o sin hijos, que supuso el 54% del total, lo que conduce a la conclusión de que, en España, el prototipo de familia lo conforma la pareja. Pero, si ponemos ahora el foco en las familias monoparentales, se puede observar cómo experimentan un ascenso en el año 2020, llegando a un total de 1.944.800 frente a los 1.887.500 hogares del año 2019 (variación anual del 3%). Y lo cierto es que esta cifra no ha parado de crecer. Si en el año 2000, los hogares monoparentales eran en torno a los 182.000, en la actualidad, como se ha apuntado, existen casi un total de dos millones de hogares en esa situación, por lo que puede decirse que son el único modelo de familia que dibuja, a lo largo de los años, una clara línea ascendente. En los hogares monoparentales, además, se observa un evidente sesgo de género, pues son las mujeres las que mayoritariamente están al frente de los mismos. En concreto, en el año 2020, había 1.582.100 hogares con una mujer a la cabeza de estas familias (el 81,35% del total), mientras que los hogares con padres al frente representaban, por el contrario, el resto, 362.700 (18,65%).

de nuevo, incomprensiblemente no se ha hecho a pesar de las oportunidades que se han tenido para ello), la redacción de la norma ha sido rectificada por criterio técnico del INSS²² en el sentido de conceder las dos semanas de más cuando exista la suspensión de un único contrato de trabajo, la del único progenitor existente, dejando sin efecto en estos casos el inciso que introduce el reparto entre los dos progenitores.²³

Problema distinto al anterior, pero que también concierne a las familias monoparentales, es el que acontece con la duración de esta suspensión por nacimiento de hijo. Como es conocido, el RD Ley 6/2019 convirtió a este derecho en intransferible, por lo que cada progenitor lo puede hacer valer de forma independiente al otro. Ello quiere decir, por lo que ahora importa, que los hijos nacidos en una familia biparental o tradicional dispondrán de más tiempo de cuidados que los nacidos en el seno de una familia monoparental, puesto que en las primeras el tiempo sumado de suspensión de ambos progenitores alcanzará las treinta y dos semanas, pero en las segundas, en las que existe un único progenitor, el tiempo de cuidado sólo seguirá siendo de dieciséis semanas. Esta anómala situación ha llegado ya a sede judicial, donde es posible encontrar tanto resoluciones que abogan por sumar ambos períodos en estos casos (el que le corresponde al progenitor solo y el que le correspondería al otro progenitor si existiera), determinando ello, además, el acrecimiento del tiempo de la correspondiente prestación²⁴, como otras que niegan el derecho al ser las finalidades de las suspensiones de ambos progenitores diferentes y corresponder una decisión de tal calibre al legislador.²⁵ Todo está a la espera de que el Tribunal Supremo se pronuncie al respecto. Pero mientras tanto, se van sucediendo sentencias en las que la primera opción interpretativa, basada en el interés superior del menor y en la proscripción de toda discriminación por razón de filiación y sexo, está siendo extendida a otros derechos conexos, como el que ahora aquí importa, justamente el del permiso para el cuidado del lactante y el de la prestación que lleva anudada la denominada anteriormente “reducción de jornada corresponsable”.

Concretamente, el art. 183 LGSS dispone que “a efectos de la prestación económica por ejercicio corresponsable del cuidado del lactante, se considera situación protegida la reducción de la jornada de trabajo en media hora que, de acuerdo con lo previsto en el párrafo cuarto del artículo 37.4 del texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores, lleven a cabo con la misma duración y régimen los dos progenitores, adoptantes, guardadores con fines de adopción o acogedores de carácter permanente, cuando ambos trabajen, para el cuidado del lactante desde que cumpla nueve meses hasta los doce meses de edad”. Se configura, de este modo, una situación protegida que da derecho a la co-

²² Criterio de gestión 16/2019, de 31 de julio de 2019.

²³ Sobre todo ello, vid. Blasco Jover, Carolina, La necesidad de adaptar ciertos derechos personales y familiares a parejas de hecho y núcleos monoparentales, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 451, 2020, 139 y 140.

²⁴ Entre otras, SSTSJ País Vasco, de 6 de octubre de 2020 (Rº. 941/2020) y Cantabria, de 8 de abril de 2022 (Rº. 234/2022) y STSJ Aragón, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 27 de octubre de 2021 (Rº. 268/2021).

²⁵ Por ejemplo, STSJ Comunidad Valenciana, de 30 de noviembre de 2021 (Rº. 2089/2021).

rrespondiente prestación y que parte de la base de que ambos progenitores, los dos, han reducido su jornada para cuidar del menor desde que éste cumple los nueve meses y hasta que cumpla los doce. El dato relevante es, pues, la existencia de ambos progenitores en tanto que la finalidad de esta previsión, junto con el carácter intransferible del permiso, es promover y fomentar el cuidado corresponsable del menor. No obstante, a pesar de esta encomiable finalidad y respecto de la cual nada se puede objetar, fíjese que una previsión como ésta deja fuera de su ámbito de aplicación al progenitor solo o sin pareja, que no podrá extender la duración de este permiso más allá de los nueve meses de vida del menor y que, por ello, tampoco podrá acceder a la correspondiente prestación pública. ¿Plantea este hecho una discriminación indirecta sobre la mujer en tanto que es ella la que, en su mayoría, opta por asumir la maternidad en solitario conformando una familia monoparental?

A este problema se enfrenta la ya firme STSJ País Vasco, de 12 de abril de 2022 (Rº. 265/2022), que tiene que decidir si es posible, aun con todo, conceder la prestación a la madre sola. La conclusión a la que se llega es afirmativa, es decir, la Sala trasciende de la interpretación literal de la norma y aboga por otra hermenéutica más favorable a la protección tanto de los intereses de la madre como del niño. Sostiene, de este modo, que la pretensión no ha de ser estudiada únicamente desde la perspectiva de la legalidad ordinaria, sino también atendiendo a su dimensión constitucional habida cuenta de la discriminación por motivo de filiación en la que se puede incurrir y también por la discriminación, otra vez indirecta, que sufrirían las mujeres que deciden optar por la monoparentalidad.

Por lo que atañe al primer punto y sobre la base del principio del interés superior del menor contemplado en la Convención sobre los Derechos del Niño, pero también en otras normas²⁶, se plantea si esta opción legislativa de considerar que necesariamente haya dos progenitores para que se pueda disfrutar tanto de un mayor tiempo de reducción de jornada como de la prestación que lleva anudada esta posibilidad constituye una discriminación por razón de nacimiento expresamente prohibida por el art. 14 CE. En opinión de la Sala, así es, porque el menor nacido (o adoptado o acogido) en el seno de una familia en la que se encuentran los dos progenitores disfruta de un mayor período de cuidado y atención de éstos a través de la reducción de jornada que el nacido (o aco-

²⁶ Cabe recordar que el art. 39.2 CE consagra la primacía del interés y protección de los hijos menores y el art 39.1 CE establece la obligación de los poderes públicos de asegurar la protección social, económica y jurídica de la familia. Y, según art. 10.2 CE, las normas relativas a los derechos fundamentales se han de interpretar conforme a la Declaración Universal de los Derechos Humanos y a los Tratados y Acuerdos Internacionales. Siendo que los Tratados Internacionales válidamente celebrados forman parte del ordenamiento jurídico (art. 96 CE), ha de estarse a lo que indica la Convención sobre los Derechos del Niño que señala que “los Estados parte respetarán los derechos enunciados en la presente Convención, sin distinción alguna por la condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales, debiéndose adoptar todas las medidas para que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, tutores o familiares”. De igual forma, dictamina que “todas las medidas que se adopten por las instituciones públicas o los Tribunales considerarán primordialmente el interés superior del niño”. En términos semejantes, se pronuncian la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia y el art. 24 de la Carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea.

gido o adoptado) en el seno de una familia con único ascendiente. No contemplar en la norma este hecho supone, pues, introducir un factor discriminatorio en absoluto deseable hacia el menor que se integra en ellas por su propia condición o por el estado civil o situación de su progenitor, que debería quedar proscrita.

Pero, es más, calibrando también el asunto desde la perspectiva de género, resulta que, como antes se ha comentado, son las mujeres las que se encuentran a la cabeza de un mayor número de hogares monoparentales. Y si esto es un dato incontestable, la Sala llega a la conclusión de que el legislador, al introducir derechos cuyo disfrute hace depender de la existencia de dos progenitores, perjudica, aunque sea de forma indirecta, a la mujer: si ésta opta por la monoparentalidad, se encontrará con que el mayor tiempo de cuidado, dedicación y atención que debe prestar al menor (y que, a su vez, desgasta su carrera profesional) no es tenido en cuenta por una legislación que prioriza un determinado modelo de familia; una legislación, además, que la expulsa de la protección que dispensa una prestación pública como la prevista en el art. 183 LGSS cuando el estado de necesidad, en verdad, realmente existe e, incluso, hasta puede llegar a ser más acuciante que el que se genera en el seno de una familia biparental.

Siendo éstos los dos pilares fundamentales sobre los que el Tribunal asienta su razonamiento, creo que acierta cuando otorga la prestación a la progenitora sola, en tanto que existe una quiebra del principio de igualdad y no discriminación consagrado en el art. 14 CE, que debería ser corregida. Pero, en mi opinión, esta quiebra acontece no tanto por los argumentos que se ofrecen, sino por la diferenciación que, indirectamente, se realiza entre familias biparentales y familias monoparentales. Y es que ni creo que se produzca, en este contexto, sobre esta prestación, una discriminación respecto del hijo por razón de filiación o estado civil de su progenitor, ni creo que exista una discriminación indirecta hacia la mujer. Lo primero porque, de no existir esta “reducción de jornada corresponsable” y la prestación que lleva anudada, el hijo podría disfrutar, si así quisiera o pudiera su progenitor, de una reducción de jornada ordinaria, esto es, la prevista en el art. 37.6 ET. Nada se lo impediría, más allá, obviamente de la consabida disminución de ingresos que ello le generaría. Y, lo segundo, porque, a pesar de que son las mujeres las que predominantemente encabezan las familias monoparentales, no creo que pueda derivarse de ahí que planee sobre el art. 183 LGSS la sombra de la discriminación indirecta por razón de sexo. No lo creo porque, en su mayoría, las mujeres, el colectivo en general, no opta por la monoparentalidad, por lo que entiendo que no estaría plenamente justificado extraer de la norma una discriminación de este tipo cuando sólo a un grupo de mujeres le afectaría negativamente. Si acaso, podría decirse que sobre este grupo pesa una discriminación múltiple, por ser mujer y cabeza de un hogar monoparental, pero, a mi modo de ver, sería rozar la hipérbole entender que en el art. 183 LGSS existe una discriminación indirecta por razón de género.

Con todo y como antes he comentado, el diseño de la prestación propicia una fractura del principio de igualdad y no discriminación consagrado en el art. 14 CE y ello habida cuenta de que se ha previsto que una familia formada por dos progenitores pueda disfrutar de esta prestación (o, más correctamente, que uno de sus miembros pue-

da disfrutarla) mientras se le niega, por omisión, el derecho a un progenitor solo. Ahí es donde, en mi opinión, debe ponerse el acento, en la diferenciación que se acomete entre un modelo de familia y otro. No existe motivo alguno que la justifique, ni siquiera la libertad que cada cual tiene para elegir formar una familia en pareja o estando solo o las dificultades presupuestarias del sistema. Es más, la monoparentalidad, por la mayor carga en la crianza que recae sobre un único progenitor que dispone de unos únicos ingresos, es una situación jurídica distinta, en absoluto comparable a la biparentalidad, que necesita de un trato desigual fundado en razones objetivas, como, en ocasiones, las normas laborales han previsto para las familias numerosas. No contemplar su realidad supone introducir un factor discriminatorio en absoluto deseable hacia este tipo de familias que bien podrían tener su encaje en el art. 14 CE. Ciertamente, la labor del legislador se torna aquí en fundamental, pues a él le corresponde determinar las condiciones de acceso a una prestación para adaptarlas a las necesidades del momento, por lo que el trato diferenciado que supone que el progenitor de la familia monoparental tenga acceso a una prestación que requiere de la existencia de dos progenitores reclama una regulación que así lo establezca de manera explícita. Ocurre, sin embargo, que, al igual que sucedía con el reparto de las dos semanas adicionales de suspensión por nacimiento de hijo, quien legisla ha mantenido, de momento, silencio sobre el particular. Por ello y a la espera de una Ley de Familias que tenga en cuenta la realidad de las monoparentales, han de ser bien recibidas resoluciones que reinterpretan, conforme a los cánones propios de la igualdad y no discriminación, las normas laborales y de Seguridad Social. En esta sentencia que se comenta, creo, por lo expuesto más arriba, que la Sala yerra en sus argumentos, pues bien podría haber utilizado otro tal vez más adecuado técnicamente hablando. Pero, hasta en tanto el legislador no se pronuncie, este tipo de resoluciones suponen un avance en derechos, que, en absoluto, se puede desdeñar.

4. El cómputo de los períodos de cotización asimilados por parto: su extensión al subsidio por desempleo

Se ha integrado también la perspectiva de género en la interpretación del art. 235 LGSS. Como se conoce, éste dispone que “a efectos de las pensiones contributivas de jubilación y de incapacidad permanente, se computarán a favor de la trabajadora solicitante de la pensión un total de ciento doce días completos de cotización por cada parto de un solo hijo y de catorce días más por cada hijo a partir del segundo, este incluido, si el parto fuera múltiple, salvo que, por ser trabajadora o funcionaria en el momento del parto, se hubiera cotizado durante la totalidad de las dieciséis semanas o durante el tiempo que corresponda si el parto fuese múltiple”. La norma es, pues, meridiana: se reconocen cotizaciones ficticias sólo a las trabajadoras madres, reconociéndose así las dificultades que el cuidado de los hijos acarrea especialmente para este colectivo. O, dicho de otra forma, en tanto que los períodos de cotización de este colectivo son más irregulares que los de sus compañeros varones, se les otorga el derecho a incrementarlo con un total de

ciento doce días (o el tiempo correspondiente por varios hijos) para que puedan tener la oportunidad de alcanzar los períodos de carencia que se exigen legalmente para lucrar o bien la pensión de incapacidad permanente o bien la pensión de jubilación, ambas en su modalidad contributiva.

La previsión es perfectamente acorde con lo que dispone el art. 1 LOIMH en tanto que, con ella, pretende alcanzarse ese horizonte tan anhelado de efectiva igualdad entre hombre y mujer también en el ámbito de la Seguridad Social. Su aportación a la consecución de esta meta no es en absoluto irrelevante... aunque cierto es que, bien mirada, puede quedarse corta al no extenderse a otras prestaciones, ayudas o subsidios distintos a los que el art. 235 LGSS alude. El Tribunal Supremo, en su sentencia de 23 de junio de 2022 (R^o. 646/2022) toma buena nota de esta problemática y, a través de una interpretación correctora de la norma con base en lo dispuesto en el art. 4 LOIMH, ha considerado que, a efectos del subsidio por desempleo para mayores de 55 (52) años, los períodos de cotización asimilados por parto han de tomarse en cuenta para comprobar si se cumplen los requisitos para la obtención de esta ayuda.²⁷

Ciertamente, la literalidad del art. 235 LGSS y el hecho de que esta previsión, durante todo el período de su vigencia, no se haya visto alterada por modificaciones ulteriores que ampliaran su ámbito de aplicación eran obstáculos a los que la Sala debía enfrentarse. Con todo, los salva con holgura, empleando para ello una serie de argumentos contundentes, a la par que didácticos. De esta forma, y en primer lugar, se pasa revista a sentencias anteriores del Tribunal Supremo en las que integra la perspectiva de género en la interpretación de las normas laborales y de Seguridad Social, ampliando su protección.²⁸ Con ello, respalda una decisión como la que toma, pues confirma que no es un supuesto aislado, sino más bien el fruto de la aplicación de un criterio hermenéutico de interpretación integrado en la aplicación de las normas jurídicas que ha permitido extender a supuestos no expresamente contemplados por el legislador lo previsto para otros.

A continuación, acomete la tarea de recordar cuál es la principal premisa que guía el diseño de un artículo como el 235 LGSS: beneficiar, logrando incrementar su cotización, a todas las mujeres cuando hayan de obtener beneficios prestacionales o sociales derivados de su actividad laboral en tanto que la misma se ha visto afectada por una circunstancia atinente única y exclusivamente a su sexo. De este punto de vista, la norma constituye una clara medida de acción positiva a favor de las mujeres con hijos que han llevado a cabo una actividad laboral (por eso, la medida entronca con la protección contributiva del sistema) y que, por ello, han tenido que compaginar trabajo y familia, con todos los estragos que este hecho es susceptible de provocar en la carrera de cotización de aquéllas.

²⁷ En el caso enjuiciado, ello sólo se cumplía de tenerle en cuenta a la solicitante del subsidio las cotizaciones ficticias por nacimiento de hijo.

²⁸ Sin ánimo de exhaustividad, SSTs de 12 de febrero de 2021 (R^o. 2839/2019), de 2 de julio de 2020 (R^o. 201/2018), de 12 de marzo de 2020 (R^o. 209/2018), de 6 de febrero de 2020 (R^o. 3801/2017), de 29 de enero de 2020 (R^o. 3097/2017), de 26 de septiembre de 2018 (R^o. 1352/2017) y de 7 de diciembre de 2010 (R^o. 77/2010).

Finalmente, se pasa revista a la naturaleza del subsidio de desempleo para mayores de 55 (52) años para concluir que es una ayuda muy próxima a la pensión de jubilación, pensión que, recuérdese, sí se beneficia del cómputo de las cotizaciones ficticias. Los motivos que se arguyen son dos. De un lado, porque, de suyo, el subsidio se concede para cubrir una situación más parecida a la que se genera con la jubilación que a una situación transitoria, de ahí que no se considere subsistente la relación laboral. De otro, porque su disfrute se condiciona al cumplimiento de los requisitos propios de la pensión contributiva de jubilación. En efecto, señala el art. 274.4 LGSS que los beneficiarios de este subsidio serán “los trabajadores mayores de cincuenta y dos años, aun cuando no tengan responsabilidades familiares, siempre que se encuentren en alguno de los supuestos contemplados en los apartados anteriores, que hayan cotizado por desempleo al menos durante seis años a lo largo de su vida laboral y acrediten que, en el momento de la solicitud, reúnen todos los requisitos, salvo la edad, para acceder a cualquier tipo de pensión contributiva de jubilación en el sistema de la Seguridad Social”. Pues bien, en tanto que existe un reenvío de las normas sobre desempleo a las normas propias de la jubilación, si el beneficio de las cotizaciones ficticias opera cuando se trata del acceso a una pensión contributiva de jubilación y si se exige acreditar el cumplimiento de los requisitos propios de esta pensión cuando se solicita el subsidio, resulta meridiano, entonces, que la cotización ficticia ha de desplegar sus efectos, también, en lo que al subsidio por desempleo se refiere.

Desde la atalaya que conforman todos estos planteamientos y haciendo jugar, al tiempo, el mandato contenido en el art. 41 CE y, por ende, la especial protección que debe prestarse a la situación de necesidad que conlleva el desempleo, se llega a la conclusión de que la cotización ficticia, a pesar del tenor literal del art. 235 LGSS, debe tenerse en cuenta para comprobar el cumplimiento de los dos condicionantes que impone el art. 274.4 LGSS para acceder al subsidio (reunir los quince años de carencia específicos propios de la pensión de jubilación y contar con seis años cotizados por desempleo a lo largo de la vida laboral), siendo este resultado al que se llega, al decir del Tribunal, razonable y deseable en el marco de las normas que proscriben toda discriminación por razón de género y por guardarse con él la coherencia interna de la LGSS.

A la resolución, ciertamente, no se le puede oponer tacha alguna. Porque, aunque está por ver su impacto directo a efectos numéricos, lo que resulta innegable es su trascendencia práctica desde el punto de vista de la perspectiva de género, tanto por lo que pone sobre la mesa (la necesidad de tener en cuenta las dificultades laborales que la maternidad ocasiona en las mujeres y en sus carreras de cotización hasta tal punto que las hace no ser merecedoras de ciertas prestaciones o ayudas en situaciones como las propias del desempleo de especial vulnerabilidad) como por el revulsivo que para el legislador debe suponer a efectos de modificar una norma cuyo texto, como se dijo, se ha mantenido inalterado en el transcurso de los años.

5. A modo de conclusiones

Las tres resoluciones judiciales que en este trabajo se han tratado evidencian que aún queda camino por recorrer para desterrar del sistema de la Seguridad Social ciertas diferencias de trato provocadas por la diferente posición que hombres y mujeres ocupan en el mercado laboral y en la tarea de cuidados. Tercia, en consecuencia, realizar una reflexión crítica y en profundidad sobre el particular para hacer frente, sin medias tintas, a este escenario. La jurisprudencia ya está acometiendo esta labor con interpretaciones de las normas jurídicas que intentan corregir las distorsiones existentes utilizando la perspectiva de género como palanca de cambio para avanzar hacia la igualdad real también en este campo. Pero ello ni puede ni debe silenciar la actuación de quien legisla, una actuación que ha de ser firme y contundente, con la articulación de medidas más preventivas que reactivas o coyunturales, que supongan una reforma en bloque del sistema de Seguridad Social y que se enmarquen, a su vez, en una estrategia reformista integral que actúe desde diversos frentes para intentar atacar de raíz y de una vez por todas el problema de fondo. Estando como parece que estamos a las puertas de un tan aclamado Estatuto de los Trabajadores para el siglo XXI y constituyendo la igualdad de género y la reducción de las desigualdades sendos objetivos de desarrollo sostenible que marcan la Agenda 2030, quizá sea el momento también para que, de modo simultáneo, se haga la reflexión y se acometa la tarea por las que desde estas páginas se apuesta.

6. Referencias bibliográficas

- Arenas, Miguel, 2022. Comentario de urgencia respecto a la STJUE 30/06/2002 (asunto C-625/2020). Derecho a percibir dos pensiones de IPT en el mismo régimen”. Disponible en <https://miguelonarenas.blogspot.com/2022/07/comentario-de-urgencia-respecto-la.html> [consulta 10 de julio de 2022].
- Blasco Jover, Carolina, La necesidad de adaptar ciertos derechos personales y familiares a parejas de hecho y núcleos monoparentales, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 451, 2020, 109-148.
- Cifre, Eva, Agut, Sonia y Salanova, Marisa, Demandas y características del trabajo como predictores de la salud mental en el trabajo en función del sexo. *Revista de Psicología del Trabajo y de las Organizaciones*, vol. 3, n.º 16, 2000, 243-258.
- Contreras Hernández, Oscar, La inclusión de los riesgos psicosociales en el cuadro de enfermedades profesionales: evidencias y propuestas para una revisión legal. En AA.VV., *Accidentes de Trabajo y enfermedades profesionales. Experiencias y Desafíos de una protección social centenaria*, Murcia, Laborum, vol. I, 2020, 433-444.
- Rodríguez Muñoz, Alfredo, Riesgos psicosociales en el entorno laboral: una perspectiva de género. En Blázquez Agudo, Eva María (Dir.), *Informe sobre salud laboral desde la perspectiva de género*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, 2017, 16-26.

Trillo García, Andrés Ramón, 2022. A propósito de la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 30 de junio de 2022 recaída en el asunto C-625/20, KM contra el INSS”. En Brief de la AEDTSS. Disponible en <https://www.aedtss.com/a-proposito-de-la-sentencia-del-tribunal-de-justicia-de-la-union-europea-de-30-de-junio-de-2022-recaida-en-el-asunto-c-625-20-km-contra-el-inss/> [consulta 10 de julio de 2022).