

# Seguridad Social y perspectiva de género. La obra legislativa tras la versión de 2020 del Pacto de Toledo

## Social Security and a gender perspective. Legislative work after the 2020 version of the Toledo Pact

Juan Bautista Vivero Serrano

*Catedrático de Derecho del Trabajo. Universidad de Salamanca*

*Magistrado suplente del TSJ de Madrid*

ORCID ID: 0000-0002-4442-3369

Recibido: 10/5/2023

Aceptado: 5/6/2023

doi: 10.20318/labos.2023.7940

*Resumen:* Aborda este estudio la relevancia de la perspectiva de género en materia de seguridad social, incrementada tras la versión de 2020 del Pacto de Toledo. Son objeto de análisis las cuatro intervenciones legislativas más importantes con posterioridad a esa versión de 2020. Así, el complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género; la mejora del sistema especial de empleadas del hogar, centrada en la cotización y la protección por desempleo; la incorporación de supuestos especiales de incapacidad temporal exclusivos de las mujeres; y la reforma de la seguridad social de 2023, con importantes novedades desde la perspectiva de género.

*Palabras clave:* Seguridad social, perspectiva de género, brecha de género, Pacto de Toledo, pensiones.

*Abstract:* This study addresses the relevance of the gender perspective in social security, which has increased after the 2020 version of the Toledo Pact. The four most important legislative interventions after the 2020 version are analysed. Thus, the supplement to contributory pensions to reduce the gender gap; the improvement of the special system for domestic workers, focusing on contributions and unemployment protection; the incorporation of special cases of temporary incapacity exclusive to women; and the 2023 social security reform, with important new features from a gender perspective.

*Keywords:* Social security, gender perspective, gender gap, Toledo Pact, pensions.

## I. La obra legislativa tras la versión de 2020 de las recomendaciones del Pacto de Toledo: el auge de la perspectiva de género

La perspectiva de género está llamada a seguir protagonizando uno de los grandes cambios de los sistemas nacionales de seguridad social, jugando en este ámbito un papel mucho más incisivo y profundo que el desplegado hasta el momento, en la línea del que desde hace tiempo viene desempeñando en los ordenamientos laborales. Así figuraba en el pacto político entre PSOE y Unidas Podemos tendente a la instauración de un Gobierno de coalición progresista de finales del año 2019<sup>1</sup>. De hecho, la apuesta por la profundización de la perspectiva de género en el sistema español de seguridad social está muy presente en las Recomendaciones de la Comisión del Pacto de Toledo del Congreso de los Diputados del año 2020<sup>2</sup>. Y la Estrategia Europea para la Igualdad de Género 2020-2025 también contribuirá decisivamente en dicho sentido<sup>3</sup>.

Más allá de las cotizaciones sociales ficticias ligadas a la maternidad en sentido amplio y al ejercicio de los derechos de conciliación de la vida familiar y laboral (arts. 235 y ss. LGSS), potenciadas en los años 2007 (Ley Orgánica 3/2007) y 2011 (Ley 27/2011), y más allá del protagonismo asumido por la perspectiva de género como método hermenéutico empleado cada día más por los jueces y tribunales españoles, con el Tribunal Supremo a la cabeza, el complemento para la reducción de la brecha de género en las pensiones contributivas de seguridad social, introducido por el Real Decreto-ley 3/2021, de 2 de febrero, constituye un salto cualitativo en la profundización de la perspectiva de género en el sistema español de seguridad social, superando las limitaciones congénitas del complemento por maternidad vigente desde el año 2016, una de ellas precisamente el carácter secundario de la disminución de la brecha de género frente al carácter principal de la apuesta económica por un determinado modelo (tradicional) de familia.

Pero la obra legislativa con perspectiva de género en materia de seguridad social, posterior a la versión de 2020 de las Recomendaciones del Pacto de Toledo, va mucho más allá del capital complemento para la reducción de la brecha de género *ex* Real Decreto-ley 3/2021. Sin ánimo exhaustivo, siempre imposible en el océano de la seguridad social<sup>4</sup>, merece la pena fijar la atención sobre los siguientes hitos legislativos, conforme

---

<sup>1</sup> Véase el apartado 2.4.1 del pacto titulado “Coalición progresista. Un nuevo acuerdo para España”. Disponible en el siguiente enlace: <https://www.psoe.es/media-content/2019/12/30122019-Coalici%C3%B3n-progresista.pdf>

<sup>2</sup> Véase la Recomendación número 17, titulada “Mujeres y Seguridad Social”, de la versión de 2020 del Pacto de Toledo, disponible en el siguiente enlace oficial: [https://www.congreso.es/public\\_oficiales/L14/cong/bocg/d/bocg-14-d-175.Pdf](https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/cong/bocg/d/bocg-14-d-175.Pdf)

<sup>3</sup> Contiene la Comunicación de la Comisión europea varios pasajes relativos a la importancia de acabar con la brecha de género en materia de pensiones de seguridad social. Documento que puede verse en el siguiente enlace: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/es/txt/pdf/?uri=CELEX:52020DC0152&from=es>

Por todos, RAMOS QUINATANA, M. I. (dir.), *La estrategia europea para la igualdad de género 2020-2025. Un estudio multidisciplinar*, Bomarzo, Albacete, 2020.

<sup>4</sup> Un ejemplo, entre otros muchos, de intervenciones legislativas en materia de seguridad social con perspectiva de género es la subida extraordinaria y adicional del 15% de las pensiones no contributivas,

a un criterio puramente cronológico. Primero, el Real Decreto-ley 16/2022, de 6 de septiembre, para la mejora de las condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas trabajadoras al servicio del hogar, con una notable mejora del sistema especial de seguridad social de las empleadas del hogar, en femenino por rozar las mujeres casi el 100% de ese colectivo de personas trabajadoras por cuenta ajena.

Segundo hito legislativo, la Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, que contempla tres supuestos especiales de incapacidad temporal específicos de las mujeres, con un régimen jurídico ventajoso por comparación con el régimen ordinario; en clave de género podría afirmarse sin ninguna duda.

Tercer y último hito, el más reciente, el Real Decreto-ley 2/2023, de 16 de marzo, de medidas urgentes para la ampliación de derechos de los pensionistas, la reducción de la brecha de género y el establecimiento de un nuevo marco de sostenibilidad del sistema público de pensiones. Se trata de la segunda parte de la reforma de la seguridad social comprometida con la Unión Europea, que viene a completar la primera parte de esa reforma operada a finales del año 2021 (Ley 21/2021), y que incorpora cinco bloques desiguales de contenidos con inequívoca perspectiva de género: complemento para la reducción de la brecha de género, integración de lagunas de cotización en la pensión por jubilación, incremento de las pensiones más bajas, prestaciones de trabajadores a tiempo parcial y determinadas prestaciones familiares de la modalidad contributiva.

Hitos legislativos a los que habría que añadir otros que se anuncian como próximos y en los que, de prosperar, la perspectiva de género a buen seguro ocuparía un lugar destacado, aunque con la incertidumbre del final de la legislatura ya relativamente próximo. De nuevo sin ánimo exhaustivo, la reordenación y simplificación del subsidio asistencial por desempleo, que figura en el Plan Anual Normativo de la Administración General del Estado para el año 2022, con especial atención a la perspectiva de género de conformidad con la versión de 2020 de las Recomendaciones del Pacto de Toledo. Asimismo, la posible modificación del cuadro de enfermedades profesionales con perspectiva de género, tal y como dispone la disposición adicional 4ª del Real Decreto-ley 16/2022. Y quizá la iniciativa legislativa en curso con perspectiva de género más importante, el Proyecto de Ley de Familias, aprobado por el Consejo de Ministros el día 28 de marzo de 2023, en tramitación en el Congreso de los Diputados<sup>5</sup>. Proyecto de Ley que pretende transponer al ordenamiento español la Directiva (UE) 2019/1158 del

---

notablemente feminizadas, para la segunda mitad del año 2022, con consolidación posterior para el año 2023. Subida extraordinaria pactada entre el Gobierno y el grupo parlamentario de Bildu, articulada a través del Real Decreto-ley 6/2022, de 29 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en el marco del Plan Nacional de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la guerra en Ucrania.

Asimismo, las medidas de seguridad social de la Ley Orgánica 10/2022. En este sentido, MONEREO PÉREZ, J. L. y RODRÍGUEZ INIESTA, G., “Las medidas de Seguridad Social y otros instrumentos de protección social en la Ley Orgánica 10/2022, de garantía integral de la libertad sexual”, en *Revista de Derecho de la Seguridad Social*, 2022, núm. 33, pp. 13 ss.

<sup>5</sup> El Proyecto de Ley de Familias puede consultarse en el siguiente enlace: [https://www.congreso.es/public\\_oficiales/L14/CONG/BOCG/A/BOCG-14-A-151-1.PDF#page=1](https://www.congreso.es/public_oficiales/L14/CONG/BOCG/A/BOCG-14-A-151-1.PDF#page=1)

Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo.

Tres apuntes finales para cerrar este apartado introductorio, de acotamiento del tema objeto de estudio. Primero, se emplea en el título deliberadamente el sintagma “perspectiva de género” en lugar del sintagma “brecha de género” porque se entiende que este último constituye una especie del género anterior. Desde luego, no una especie cualquiera, sino una especie fundamental, de primer orden, pero sin la fuerza expansiva suficiente como para alumbrar una sinécdoque; perturbadora, en cualquier caso. Luego, interesa aquí el estudio de la seguridad social con perspectiva de género, incluidos los distintos mecanismos normativos diseñados para paliar la indiscutible brecha de género en materia de pensiones de seguridad social.

Segundo apunte, solo son objeto de consideración las intervenciones de rango legislativo con incidencia frontal y directa en el campo de la seguridad social, sin tratamiento de las múltiples intervenciones normativas de carácter laboral inequívocamente orientadas a mejorar las condiciones profesionales de las mujeres, que como es bien sabido tienen un notable impacto en la reducción de la brecha de género en materia de prestaciones y pensiones de seguridad social<sup>6</sup>.

Y tercer apunte final, el estudio se ciñe a los principales hitos legislativos posteriores a la versión de 2020 de las Recomendaciones del Pacto de Toledo, que suponen claramente un punto de inflexión en este ámbito<sup>7</sup>. Se dejan deliberadamente fuera de este trabajo los muchos pronunciamientos judiciales, sin posterior reflejo legislativo o reglamentario, que poco a poco están cambiando el régimen jurídico de las prestaciones y pensiones de seguridad social, gracias al juego combinando del derecho a la no discriminación (directa o indirecta) por razón de sexo y de la interpretación de la legalidad ordinaria con perspectiva de género, método hermenéutico impuesto por el artículo 4 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres<sup>8</sup>. Son numerosos los pronunciamientos del Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo sensibles a ese juego combinado, pero su incorporación aquí excedería con creces los límites razonables de un estudio destinado a una revista científica.

---

<sup>6</sup> Entre otros muchos, RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, S., *La discriminación retributiva por causa del sexo y del género Un derecho constitucional laboral específico*, Bomarzo, Albacete, 2020, y GRAU PINEDA, C., *La brecha de las pensiones en España*, Bomarzo, Albacete, 2020.

<sup>7</sup> La comparación entre las recomendaciones número 17 de las versiones del Pacto de Toledo de 2011 y 2020 permite afirmar la concurrencia de un punto de inflexión en el año 2020. Así lo afirma el propio documento del Congreso de los Diputados cuando pone el acento en la necesidad de afrontar la perspectiva de género de una manera más estructural y preventiva que coyuntural y reactiva.

<sup>8</sup> Por todos, RODRIGUEZ GONZÁLEZ, S., “La perspectiva de género en la aplicación e interpretación de las normas por la Sala de lo Social del Tribunal Supremo”, en *Trabajo y Derecho*, 2021, núm. 76, pp. 1-21 de la versión digital.

## II. El complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género

La finalidad de este apartado no es dar cuenta del régimen jurídico del complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género, que ocupa el mismo solar (art. 60 LGSS y d. a. 18ª LCPE) en que se alzó el sustituido complemento por maternidad, objeto de tratamiento monográfico por este mismo autor poco tiempo después de su introducción por el Real Decreto-ley 3/2021<sup>9</sup>. De manera mucho más modesta, solo se pretende pasar revista a las principales novedades operadas en el nuevo complemento tras su aprobación en febrero de 2021, muy en particular las modificaciones y añadidos producto del reciente Real Decreto-ley 2/2023.

Asimismo, se acomete en este apartado la tarea de rastreo de los muy importantes y recientes pronunciamientos del Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo, y muy selectivamente de los tribunales superiores de justicia, acerca del complejo y controvertido complemento por maternidad en las pensiones contributivas, mantenido como derecho transitorio a extinguir por el Real Decreto-ley 3/2021, con una litigiosidad desbordante antes y después de la aprobación de la referida norma de urgencia.

### *1. Novedades en el complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género tras su aprobación en febrero de 2021: en especial, el Real Decreto-ley 2/2023*

Antes de dar cuenta de las modificaciones y adiciones producto del Real Decreto-ley 2/2023<sup>10</sup>, conviene detenerse en las tres principales novedades posteriores a la aprobación del nuevo complemento en febrero de 2021. Las dos primeras no son en realidad novedades, lo que no desmerece su introducción en este momento.

En primer lugar, aunque el Real Decreto-ley 3/2021 resultó convalidado en el Congreso de los Diputados por un estrechísimo margen<sup>11</sup>, y aunque varios apoyos parlamentarios condicionaron la convalidación a la inmediata tramitación de la norma de urgencia como proyecto de ley, lo cierto es que el proyecto de ley sigue varado en la Comisión de Trabajo, Inclusión, Seguridad Social y Migraciones del Congreso de los Diputados con el trámite de enmiendas periódicamente prorrogado, sin visos de prosperar en lo que queda de legislatura.

Todo apunta, en consecuencia, a la perpetuación *sine die* del origen formal del nuevo complemento en una norma de urgencia, sin concurrencia a todas luces del presu-

---

<sup>9</sup> VIVERO SERRANO, J. B., *Del complemento por maternidad al complemento para la reducción de la brecha de género*, Comares, Granada, 2021.

<sup>10</sup> Sobre el particular, CABERO MORÁN, E., “El complemento para eliminar la brecha de género en las pensiones contributivas de la Seguridad Social”, en *Trabajo y Derecho*, 2023, núm. 101, pp. 1-10 de la versión digital.

<sup>11</sup> 168 votos a favor de la convalidación por 163 votos contrarios a la convalidación, con 16 abstenciones a cargo de los diputados de ERC y de EH Bildu. En cambio, la tramitación como proyecto de ley por el procedimiento de urgencia obtuvo 343 votos a favor y tan solo 3 votos en contra.

puesto constitucional de la extraordinaria y urgente necesidad, con la espada de Damocles de que algún día un juez o tribunal presente una cuestión de inconstitucionalidad por razones formales y el Tribunal Constitucional, con una composición distinta de la actual<sup>12</sup>, pueda mostrarse sensible al notorio incumplimiento del 86.1 CE<sup>13</sup>. Adviértase que para muchas personas beneficiarias del actual complemento para la reducción de la brecha de género el anterior complemento por maternidad habría resultado más beneficioso, con el consiguiente riesgo de que en algún pleito acabe suscitándose de oficio o a instancia de parte el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad.

En segundo lugar, más de dos años después de la aprobación del nuevo complemento la regulación de rango legal, ciertamente prolija pero no exhaustiva por completo, no cuenta todavía con el oportuno desarrollo reglamentario, de la misma manera que nunca llegó a tener desarrollo reglamentario el sustituido complemento por maternidad. Ausencia de desarrollo reglamentario paliada por la Administración de la seguridad social mediante no pocas circulares, instrucciones o criterios de gestión<sup>14</sup>, en la peor tradición del Derecho subterráneo de la seguridad social, todavía mucho más extendido de lo que sería deseable en un Estado de derecho de los llamados a dar ejemplo.

En tercer y último lugar, el importe de cada tramo (máximo de cuatro tramos por persona beneficiaria) del complemento para la reducción de la brecha de género ha ido experimentado la correspondiente actualización anual, prevista en el artículo 60.3 LGSG y ahora también en el artículo 58.2 LGSS, tras la modificación introducida por el Real Decreto-ley 2/2023. Actualización anual que ha supuesto pasar de los 27 euros por tramo del año 2021 a los 28 euros del año 2022 y a los 30,40 euros por tramo del presente año 2023.

En cuanto a las novedades producto del reciente Real Decreto-ley 2/2023, dos de ellas destacan por su importancia sobre las demás. Una tiene que ver con los requisitos para el devengo del complemento por parte de los varones y la otra con la cuantía del complemento.

Empezando por lo más sencillo, se prevé un incremento adicional del importe de cada tramo del complemento durante los años 2024 y 2025. Incremento total del 10% del importe de cada tramo a implementar y distribuir con libertad por el legislador presupuestario anual. Todo ello sin perjuicio de la revalorización anual para esos dos años, regida por el incremento medio de la inflación de conformidad con el artículo 58.2 LGSS. Así lo dispone la disposición transitoria 1ª del Real Decreto-ley 2/2023. Con este incremento extraordinario se acelerará en alguna medida la reducción de la brecha de género, todavía muy lejos del 5% a que se refiere la disposición adicional 37ª LGSS.

Asimismo, el incremento en cuestión acabará situando el importe de cada tramo del complemento en las cifras manejadas por los sindicatos CC.OO. y UGT en el diálo-

---

<sup>12</sup> Con la composición actual, y a la vista de la STC 18/2023, de 21 de marzo, la deferencia del Alto Tribunal con el Gobierno de coalición progresista está garantizada de antemano.

<sup>13</sup> VIVERO SERRANO, J. B., *Del complemento por ...*, op. cit., pp. 162 ss.

<sup>14</sup> Criterios de gestión que pueden verse en el Portal de Transparencia del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones.

go social que precedió a la aprobación del complemento para la reducción de la brecha de género en febrero de 2021. En ese momento, el Gobierno barajaba una cifra de 20 euros y los sindicatos otra de 30 euros, siempre para el año 2021, acabando el importe fijado en 27 euros<sup>15</sup>. Con el incremento extraordinario que tendrá lugar entre los años 2024 y 2025 el importe de cada tramo se situará en las cifras en su día manejadas por los referidos sindicatos, más las correspondientes revalorizaciones anuales desde entonces, lógicamente.

La otra novedad más relevante obra del Real Decreto-ley 2/2023 es la modificación de los requisitos de acceso al complemento para los varones beneficiarios de pensiones contributivas por jubilación o incapacidad permanente. Acceso para los varones, no así para las mujeres, condicionado a la prueba de un perjuicio profesional concreto e individualizado como consecuencia del cuidado y la educación de la prole, con distinción según los hijos hubieran nacido (o sido adoptados) antes del 1 de enero de 1995 o a partir de esa fecha, por razones en su día explicadas por este mismo autor<sup>16</sup>.

Un perjuicio profesional cualificado concebido de espaldas al eventual ejercicio de los derechos de conciliación de la vida familiar y laboral (excedencia del 46.3 ET y reducción de la jornada del 37.6 ET) por parte de los padres, sin tener en cuenta la corresponsabilidad parental que tanta importancia tiene en el seno de las instituciones de la Unión Europea, incluido el TJUE. Muy en particular, la regulación originaria del artículo 60.1 LGSS no tenía en cuenta la posible ausencia de perjuicio profesional concreto gracias a las cotizaciones sociales ficticias objeto de la prestación familiar de la modalidad contributiva del artículo 237 LGSS, que es una prestación de seguridad social neutra. Algo muy criticado por la doctrina en la medida en que el ejercicio por parte de los padres de los derechos de conciliación de la vida familiar y laboral podía acabar volviéndose en su contra a la hora de pretender acceder al complemento para la reducción de la brecha de género<sup>17</sup>.

Pues bien, la reforma del artículo 60.1 LGSS, llevada a cabo por el artículo 1.7 del Real Decreto-ley 2/2023, viene precisamente a corregir ese inaceptable punto débil de la versión originaria del año 2021, bien es cierto que mitigado por el Criterio de gestión 32/2021, de 23 de noviembre, de la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica del INSS<sup>18</sup>. Una muy acertada rectificación legal que disminuirá considerablemente, aunque no eliminará del todo, el riesgo de precipicio del complemento para la

---

<sup>15</sup> Véase el informe elaborado por la Confederación de Comisiones Obreras, con fecha 3 de febrero de 2021, bajo el título *Estudio de impacto del nuevo Complemento de pensiones contributivas para reducir la brecha de género (art. 60 LGSS), regulado en el RD-Ley 3/2021 como resultado del proceso de debate y negociación en el ámbito del Diálogo Social*, p. 12. El informe está disponible en internet en el siguiente enlace: <https://www.ccoo.es/2dcb498db3515a699c57681ec18c2b3c000001.pdf>

<sup>16</sup> VIVERO SERRANO, J. B., *Del complemento por ...*, op. cit., pp. 173 ss.

<sup>17</sup> *Idem*.

<sup>18</sup> Criterio de gestión que puede verse en el siguiente enlace: <https://transparencia.gob.es/servicios-buscador/contenido/normativaconsulta.htm>

Criterio de gestión que ha de completarse con el previo Criterio de gestión 21/2021, de 13 de agosto, de la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica del INSS, que puede verse en el siguiente *link*: <https://transparencia.gob.es/servicios-buscador/contenido/normativaconsulta.htm>

reducción de la brecha de género en caso de presentación de una cuestión prejudicial ante el TJUE. También de forma muy acertada la rectificación se produce con efectos retroactivos, desde el 4 de febrero de 2021, fecha de entrada en vigor del nuevo complemento para la reducción de la brecha de género. Así lo dispone la nueva disposición transitoria 44 LGSS obra del Real Decreto-ley 2/2023.

Permanece, sin embargo, aunque desde un punto de vista puramente formal, la incógnita acerca del cómputo o no para los varones de las cotizaciones sociales ficticias por cuidado de hijos o menores del artículo 236 LGSS, con el consiguiente impacto en el devengo o no del complemento para la reducción de la brecha de género asociado a las pensiones contributivas por jubilación e incapacidad permanente. Aunque nada diga la norma legal, ni en la versión original de 2021 ni en la rectificada de 2023, el beneficio de la cotización ficticia por el cuidado de hijos o menores del artículo 236 LGSS, introducido por la Ley 27/2011, no debería impedir, en su caso, el cumplimiento por los varones del requisito del perjuicio profesional cualificado, pues de lo contrario ese beneficio tendría un inaceptable efecto contraproducente, contrario a la corresponsabilidad parental tan del gusto de las instituciones de la Unión Europea. Lástima que el legislador de urgencia de 2023 haya dejado pasar la oportunidad de despejar esta incógnita, no menor en caso de presentación de una cuestión prejudicial ante el TJUE. Es verdad que el Criterio de gestión 32/2021, de 23 de noviembre, de la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica del INSS<sup>19</sup>, vendría a mitigar dicha incógnita, en el sentido de evitar el referido efecto contraproducente, lo que coherentemente tendría que haber conducido a la oportuna reforma legal en ese mismo sentido.

Llama la atención que la misma corrección que se ha operado en el artículo 60.1 LGSS, con la finalidad de no penalizar el acceso al complemento a los varones que en su día ejercieron derechos de conciliación de la vida familiar y laboral, no se haya producido también en la disposición adicional 18ª de la Ley de Clases Pasivas del Estado, exactamente por los mismos motivos. Y es que los funcionarios incluidos en el régimen especial de clases pasivas también tienen derechos de conciliación sin merma de los derechos pasivos (por ejemplo, el artículo 89.4 EBEP), cuyo cómputo habría de excluirse igual que han quedado excluidas las cotizaciones sociales ficticias *ex* artículo 237 LGSS; con eficacia retroactiva además. Pudiera tratarse de un mero olvido del legislador de urgencia, que habría que subsanar cuanto antes.

Menos importancia tienen las otras dos novedosas introducidas por el Real Decreto-ley 2/2023. Así, se añade un nuevo apartado, el 7º, tanto en el artículo 60 LGSS como en la disposición adicional 18ª LCPE. Nuevo apartado que desarrolla el criterio de atribución del complemento único por cada hijo cuando ambos progenitores tengan simultáneamente derecho al mismo. En ese escenario, la comparación entre las pensiones (o suma de pensiones) de ambos progenitores se llevará a cabo conforme al importe inicial de las pensiones, más las revalorizaciones anuales que sean necesarias, en su caso, pero sin cómputo de los complementos o reducciones que pudieran corresponder, sin

---

<sup>19</sup> *Idem.*



mayor concreción (complemento por mínimos, complemento de la gran invalidez, reducciones por superación del tope máximo de pensión, etc.). Se trata de una novedad legislativa que trae causa del Criterio de gestión 20/2022, de 2 de noviembre, de la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica del INSS<sup>20</sup>.

Y en caso de que ambos progenitores sean del mismo sexo, a igualdad de importe inicial de las pensiones (o suma de pensiones) objeto de comparación, la atribución del complemento reposa en un criterio puramente temporal, la fecha de la solicitud de la pensión susceptible de complemento para la reducción de la brecha de género. Recuérdese que si los progenitores fuesen de sexo distinto, lo más habitual estadísticamente, a igualdad del importe inicial de las pensiones objeto de comparación el complemento se atribuiría a la fuerza a la mujer.

Estos nuevos criterios de atribución del complemento están en vigor desde el día siguiente a la publicación del Real Decreto-ley 2/2023 en el BOE, esto es, el día 18 de marzo de 2023, tal y como establece la disposición final 10<sup>a</sup> de la norma de urgencia. Ahora bien, solo para el artículo 60 LGSS. En cambio, para el régimen de clases pasivas del Estado se aplica la vigencia general de la norma de urgencia, el 1 de abril de 2023. Seguramente, un nuevo olvido del legislador de urgencia.

Por último, también modifica el Real Decreto-ley 2/2023 la disposición adicional 37<sup>a</sup> LGSS, empezando por el título, que no reza ya “Alcance temporal del complemento de pensiones contributivas para la reducción de la brecha de género”, sino “Alcance temporal de las acciones positivas para la reducción de la brecha de género en las pensiones contributivas”. El nuevo título se corresponde con el contenido más amplio que asume la citada disposición adicional, que pasa de ocuparse de una específica acción positiva a favor de las mujeres, el complemento para la reducción de la brecha de género, a hacerlo de cualesquiera acciones positivas a favor de las mujeres en materia de prestaciones de seguridad social. De hecho, la nueva acción positiva de ampliación de la integración de las lagunas de cotización en la pensión por jubilación, que será objeto de análisis en un epígrafe posterior, se rige temporalmente por la remozada disposición adicional 37<sup>a</sup> LGSS. Además de algunos retoques técnicos de menor entidad, se prevé la posible introducción de otras medidas de acción positiva a favor de las mujeres con carácter temporal, siempre previa discusión en el marco del diálogo social. Una previsión normativa, en realidad, más política que jurídica, sin verdadero condicionamiento para el legislador del futuro.

## *2. La desbordante litigiosidad del complemento por maternidad en las pensiones contributivas*

La sustitución del complemento por maternidad en las pensiones contributivas por el complemento para la reducción de la brecha de género, operada por el Real Decreto-ley 3/2021, lejos de reducir la desbordante litigiosidad, característica del complemento por

---

<sup>20</sup> Criterio de gestión que puede consultarse en el siguiente *link*: <https://transparencia.gob.es/servicios-buscador/contenido/normativaconsulta.htm>

maternidad, no ha hecho sino incrementarla, entre otras razones por el mantenimiento del complemento por maternidad como derecho transitorio a extinguir.

No se pretende aquí, en cualquier caso, ni dar cuenta del régimen jurídico del complemento por maternidad ni analizar la trascendental STJUE, 12-12-2019, asunto C-450/18, que vino a poner patas arriba dicho régimen jurídico<sup>21</sup>. De manera más modesta, solo se busca ofrecer una visión panorámica y reciente de la desbordante litigiosidad que sigue caracterizando al complemento por maternidad tras el capital pronunciamiento del TJUE.

Por lo pronto, el Tribunal Constitucional (sentencia 152/2021, 13 de septiembre) ha tenido la oportunidad de recordar que los jueces y tribunales españoles no pueden desconocer la citada sentencia del TJUE, con la obligada inaplicación de la normativa española declarada discriminatoria para los varones, en virtud del principio de primacía del Derecho de la Unión Europea, incluida la interpretación auténtica de dicho derecho por parte del TJUE<sup>22</sup>. Y la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, como no podría ser de otra manera, ha extendido el fallo del TJUE al régimen de clases pasivas del Estado<sup>23</sup>.

También ha tenido el Tribunal Supremo que encargarse de sentar jurisprudencia acerca del alcance temporal de la citada STJUE, decantándose, con buen criterio, por la eficacia retroactiva o *ex tunc*, esto es, para pensiones contributivas susceptibles de complemento causadas por varones (padres de dos o más hijos) con posterioridad o con anterioridad a la fecha de la STJUE, el 12 de diciembre de 2019<sup>24</sup>.

Mención destacada merece la controvertida doctrina sentada por el Tribunal Supremo en relación con los efectos económicos del complemento solicitado por los varones a resultas del efecto llamada de la referida STJUE. Efectos económicos no limitados por la eficacia retroactiva máxima de tres meses desde la presentación de la solicitud del complemento, de conformidad con el artículo 53.1 LGSS, sino proyectados hasta la fecha del hecho causante de la pensión contributiva objeto del complemento por maternidad. Una solución en la que prima el efecto útil de la Directiva 79/7, que no admite la discriminación por razón de sexo, sobre la regla nacional española de retroactividad máxima de tres meses del 53.1 LGSS<sup>25</sup>. Y una solución que constituye un nuevo y muy poderoso efecto llamada para muchos varones (padres de dos o más hijos) beneficiarios de pensiones susceptibles de complemento causadas a partir del 1 de enero de 2016, al tiempo que alimenta potencialmente una nueva litigiosidad, en los términos a que después se hará referencia.

<sup>21</sup> Véase VIVERO SERRANO, J. B., *Del complemento por ...*, op. cit., pp. 23 ss.

<sup>22</sup> STC 152/2021 reseñada por este mismo autor en la sección de Jurisprudencia de la revista *Trabajo y Derecho*, 2021, núm. 84.

<sup>23</sup> STS, 3ª, 25-11-2021, rec. 4535/2020, reseñada por este mismo autor en la sección de Jurisprudencia de la revista *Trabajo y Derecho*, 2022, núm. 87.

<sup>24</sup> STS, 4ª (Pleno), 17-2-2022, rcud 3379/2021, reseñada por este mismo autor en la sección de Jurisprudencia de la revista *Trabajo y Derecho*, 2022, núm. 88.

<sup>25</sup> STS, 4ª (Pleno), 30-5-2022, rcud 3192/2021, reseñada por este mismo autor en la sección de Jurisprudencia de la revista *Trabajo y Derecho*, 2022, núms. 91-92.

Aunque de menor relevancia que la jurisprudencia que se acaba de ver, también ha tenido el Alto Tribunal que resolver un asunto relativamente mediático, propiciado por la doctrina de algunos tribunales superiores de justicia, el del nacimiento sin vida del feto tras un periodo de gestación superior a 180 días; incluso un periodo de gestación completo, de nueve meses. Frente a la tesis de algunos tribunales superiores de justicia, el Alto Tribunal ha acabado defendiendo la postura de la Administración de la seguridad social, el no cómputo a efectos del complemento por maternidad (de su devengo o del importe del mismo) del feto alumbrado sin vida, sin adquisición de la personalidad civil del artículo 30 CC<sup>26</sup>.

Menos importancia tienen otros pronunciamientos recientes del Tribunal Supremo, centrados en la determinación del momento temporal relevante para el devengo o no del complemento, en función de la entrada en vigor del complemento el 1 de enero de 2016. Momento temporal ceñido exclusivamente a la fecha del hecho causante de la pensión contributiva objeto del complemento frente a otros momentos temporales posibles como la fecha de la solicitud, la fecha del reconocimiento de la pensión y la fecha de efectos económicos. Solo las pensiones contributivas susceptibles de complemento con hecho causante igual o posterior al 1 de enero de 2016 pueden devengar el complemento en cuestión<sup>27</sup>. Hecho causante de la pensión susceptible del complemento anterior o posterior al 1 de enero de 2016, que, en el caso de la revisión de la pensión por incapacidad permanente, es solo el de la pensión inicialmente reconocida, no así el de la pensión posteriormente objeto de revisión, siendo indiferente que esta última tenga lugar más allá del 1 de enero de 2016<sup>28</sup>. Una solución, esta última, harto discutible.

Y para cerrar este epígrafe, merece la pena destacar algunos asuntos importantes que tarde o temprano ocuparán al Tribunal Supremo a la vista de la litigiosidad real o potencial que los caracteriza. Uno de esos asuntos con litigiosidad real, con pronunciamientos de diferentes tribunales superiores de justicia, es el del carácter único o no del complemento por maternidad, en caso de progenitores (de sexos diferentes o del mismo sexo) de dos o más hijos comunes con cumplimiento de los correspondientes requisitos<sup>29</sup>. Aunque la Administración de la Seguridad Social defiende el carácter único<sup>30</sup>, no faltan pronunciamientos judiciales en sentido contrario<sup>31</sup>.

---

<sup>26</sup> STS, 4ª (Pleno), 27-2-2023, rcud 3225/2021, reseñada por este mismo autor en la sección de Jurisprudencia de la revista *Trabajo y Derecho*, 2023, núm. 101.

<sup>27</sup> STS, 4ª, 8-2-2023, rcud 1417/2020, reseñada por este mismo autor en la sección de Jurisprudencia de la revista *Trabajo y Derecho*, 2023, núm. 100.

<sup>28</sup> SSTs, 4ª, 4-10-2022, rcud 222/2020 (voto particular de Rosa Virolés), y 9-3-2023, rcud 1478/2020.

<sup>29</sup> Sobre el particular, véase VIVERO SERRANO, J. B., *Del complemento por ...*, op. cit., pp. 47 ss., partidario del carácter único del complemento por maternidad, solo susceptible de devengo por una única persona beneficiaria, mujer o varón.

<sup>30</sup> Criterio de gestión 35/2021, de 2 de diciembre, de la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica del INSS. Puede verse en el siguiente enlace: <https://www.seg-social.es/wps/wcm/connect/wss/245e761d-0b01-42ea-99c4-0fe762c5c696/criterio+de+gestion+35-2021.Pdf?Mod=ajperES#:~:text=%E2%80%9C1.,%2C%20viudedad%2C%20o%20incapacidad%20permanente>.

<sup>31</sup> Por ejemplo, la STSJ de Madrid, 4-3-2022, rec. 993/2021, y la STSJ de Galicia, 2-2-2023, rec. 203/2022. En sentido contrario, la STSJ de Extremadura, 24-3-2022, rec. 946/2021.

Durante la revisión de este trabajo el Tribunal Supremo se ha acabado decantando a favor de la tesis del

Otro asunto importante con litigiosidad real es el de la prescripción o no del complemento por maternidad solicitado por los varones más de cinco años después del hecho causante de la pensión contributiva objeto del complemento. De nuevo, aunque la Administración de la Seguridad Social defiende la prescripción autónoma del complemento<sup>32</sup>, no faltan pronunciamientos judiciales en sentido contrario, partidarios de la imprescriptibilidad del complemento asociado a las pensiones por jubilación y viudedad, ambas imprescriptibles por ley (arts. 212 y 230 LGSS)<sup>33</sup>. Un asunto litigioso rodeado de muy fundadas dudas, desde luego<sup>34</sup>.

Y para finalizar, un asunto con litigiosidad potencial más que real o actual, que se sepa, la posibilidad de que los varones (padres de dos o más hijos) que en su momento pretendieron el reconocimiento judicial del complemento por maternidad sin éxito vuelvan a intentarlo invocando la STJUE, de 12 de diciembre de 2019<sup>35</sup>. A buen seguro la Administración de la seguridad social invocaría el efecto negativo de la cosa juzgada material del artículo 222.1 LEC, si bien habría argumentos para inaplicar ese reparo procesal en aras del principio de efectividad del Derecho de la Unión Europea (Directiva 79/7), en la línea de lo que ha ya admitido el TJUE en materia de préstamos hipotecarios con cláusulas abusivas: SSTJUE, Gran Sala, 17 de mayo de 2022, asunto C-869-19, (Unicaja Banco), y asunto C-600/2019 (Ibercaja Banco).

Incluso cabría plantearse, aunque en este caso con mayores dudas, la posibilidad de volver a solicitar el complemento por maternidad con plenos efectos económicos retroactivos, pese a tener ya una sentencia firme partidaria de la retroactividad de tres meses del artículo 53.1 LGSS, lógicamente de ser la sentencia firme anterior a la STS, 4ª, Pleno, 30-5-2022, rcud 3192/2021. Las dudas vendrían motivadas por la pasividad del beneficiario del complemento a la hora de no recurrir la sentencia firme bien en suplicación bien en casación para la unificación de doctrina. En cualquier caso, tampoco en este escenario faltarían argumentos para postular la inaplicación del efecto negativo de la cosa juzgada material<sup>36</sup>. Habrá que estar muy atentos a la eventual conversión de la litigiosidad potencial en litigiosidad real, en cuyo caso tarde o temprano tendría que acabar interviniendo el Tribunal Supremo; incluso el Tribunal Constitucional y hasta el TJUE.

En fin, sirva esta vista panorámica sobre la desbordante litigiosidad que caracteriza al complemento por maternidad para recordar las consecuencias de una muy deficiente y apresurada técnica legislativa, la del legislador presupuestario del año 2015 que intro-

---

devengo del complemento por maternidad por ambos progenitores, en su caso. Se trata de la STS, 4ª (Pleno), 17-5-2023, rcud 3821/2022.

<sup>32</sup> Criterio de gestión 35/2021, de 2 de diciembre, de la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica del INSS, ya citado dos notas atrás.

<sup>33</sup> Por ejemplo, la STSJ de Asturias, 14-12-2022, rec. 2273/2022.

<sup>34</sup> Dudas expresadas por VIVERO SERRANO, J. B., *Del complemento por ...*, op. cit., pp. 121-122, mucho antes de que apareciese la litigiosidad en este asunto.

<sup>35</sup> Véase VIVERO SERRANO, J. B., *Del complemento por ...*, op. cit., pp. 126 ss.

<sup>36</sup> *Idem*.

dujo el complemento por maternidad, para colmo de espaldas al Derecho antidiscriminatorio europeo<sup>37</sup>.

### III. La mejora del sistema especial de empleadas del hogar: cotización y protección por desempleo

Aunque desde el origen mismo del sistema especial de seguridad social de las empleadas del hogar dentro del régimen general, producto de la reforma de la seguridad social del año 2011 (d. a. 39ª Ley 27/2011), estuvo muy presente la posibilidad de mejorar en el futuro la acción protectora mediante la cobertura por desempleo, con la consiguiente cotización por dicho concepto<sup>38</sup>, el verdadero punto de inflexión se encuentra en el pacto político entre PSOE y Unidas Podemos para la formación de un Gobierno de coalición progresista de finales del año 2019, que apuesta por la plena integración de las empleadas del hogar dentro del régimen general de seguridad social, así como por la firma y ratificación del Convenio núm. 189 de la OIT sobre el trabajo doméstico<sup>39</sup>. Punto de inflexión corroborado, más allá de la exclusiva voluntad del Gobierno de la nación, por el Congreso de los Diputados a través de la recomendación núm. 17 de la versión de 2020 de las Recomendaciones del Pacto de Toledo.

Con todo, el verdadero punto de no retorno en este ámbito ha de buscarse, una vez más, en el TJUE, cuya sentencia de 24 de febrero de 2022, asunto C-389/20<sup>40</sup>, declara la incompatibilidad de la normativa española con la Directiva 79/7, precisamente por la ausencia de cobertura por desempleo, con la consiguiente discriminación indirecta por razón de sexo, dada la abrumadora mayoría de mujeres en el servicio del hogar doméstico (95,53% con datos de mayo de 2021). No es casualidad que poco tiempo después de esta sentencia europea el Gobierno diera el paso, en abril de 2022, de solicitar a las Cortes Generales la autorización previa, *ex* artículo 94.1 CE, para la ratificación del Convenio número 189 de la OIT sobre el trabajo doméstico, obteniéndola en junio de 2022, habiéndose depositado por el Gobierno español ante la OIT a finales de febrero de 2023 el oportuno instrumento de ratificación, publicado en el BOE de 3 de abril de 2023.

En este preciso contexto se aprueba por el Gobierno, en funciones de legislador de urgencia<sup>41</sup>, el Real Decreto-ley 16/2022, de 6 de septiembre, para la mejora de las

---

<sup>37</sup> BALLESTER PASTOR, M<sup>a</sup>. A., «El comprometido complemento de pensiones por maternidad en España y su improbable acomodo a la normativa y jurisprudencia antidiscriminatoria de la Unión Europea», en *Revista Jurídica de los Derechos Sociales. Lex Social*, núm. 6, 2016, pp. 72 ss.

<sup>38</sup> Disposición adicional 2ª.2 del Real Decreto 1620/2011, de 14 de noviembre, que regula la relación laboral de carácter especial del servicio del hogar familiar.

<sup>39</sup> Apartado 1.11 del citado pacto al que puede accederse mediante el enlace que figura en la nota número 1.

<sup>40</sup> Un comentario de esta sentencia puede verse en SEMPERE NAVARRO, A. V., «La protección por desempleo en el Sistema Especial de Empleo Doméstico», en *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 3, 2022, pp. 1-11 de la versión digital.

<sup>41</sup> El proyecto de ley que se está tramitando en el Congreso de los Diputados tras la convalidación del Real Decreto-ley 16/2022, no tiene visos de prosperar, encontrándose atascado en la Comisión de Trabajo,

condiciones de trabajo y de Seguridad Social de las personas trabajadoras al servicio del hogar<sup>42</sup>. En lo que aquí interesa, corresponde a esta norma de rango legal la mejora del sistema especial de seguridad social de empleadas del hogar, con la incorporación dentro de la acción protectora de la situación de desempleo, así como de la cotización por dicho concepto. La perspectiva de género que está detrás de la mejora, convenientemente mencionada en la exposición de motivos del citado real decreto-ley (apartado I *in fine*), resulta más que obvia a la vista de la feminización de este colectivo de personas trabajadoras por cuenta ajena cercana al 100%.

La ampliación de la acción protectora del sistema especial de empleadas del hogar se logra mediante la supresión de la letra d) del artículo 251 LGSS<sup>43</sup>, sin que tras la supresión quede excluida de dicha acción protectora la situación de desempleo. Por lo demás, sin ninguna peculiaridad o diferencia respecto de la protección por desempleo del común de las personas trabajadoras incluidas en el régimen general de la seguridad social, sin perjuicio de la inclusión de una situación legal de desempleo característica de la relación laboral especial del servicio del hogar familiar, la extinción del contrato de trabajo por las causas específicas del artículo 11.2 del Real Decreto 1620/2011, tras la modificación operada por el Real Decreto-ley 16/2022<sup>44</sup>.

Más compleja es la novedosa cotización a la seguridad social por desempleo (y Fogasa), regulada con carácter transitorio, para los meses de octubre a diciembre de 2022, por la propia norma de urgencia; a la fuerza<sup>45</sup>. Y desde el 1 de enero de 2023 objeto de la ley presupuestaria anual y de la pertinente orden ministerial de desarrollo<sup>46</sup>.

Adviértase que las bases de cotización (por tramos retributivos) todavía no se corresponden con la conformación general para el común de los trabajadores por cuenta ajena del régimen general, lo que, entre otras razones, justifica que se mantenga este sistema especial dentro del régimen general. Excede las pretensiones de este trabajo entrar en el detalle de las diferencias, bastando ahora con advertir que las mismas no solo afectan a la novedosa cotización por desempleo, abarcando también a las cotizaciones por contingencias comunes y contingencias profesionales. Solo a partir del 1 de enero de 2024 tendrán las mismas bases de cotización que el común de los trabajadores por

---

Inclusión, Seguridad Social y Migraciones del Congreso con prórroga tras prórroga del plazo para la presentación de enmiendas.

<sup>42</sup> Véase, de forma muy sintética, BENITO BENÍTEZ, M<sup>a</sup>. A., “El Real Decreto-ley 16/2022, de 6 de septiembre, para la mejora de las condiciones de trabajo y de seguridad social de las personas trabajadoras al servicio del hogar familiar”, *briefs* de la AEDTSS, 2022. Una visión amplia y monográfica del nuevo marco jurídico en GARCÍA GONZÁLEZ, G., *El nuevo marco regulador de los empleados de hogar. Una aproximación crítica de la dogmática* jurídica, Dykinson, Madrid, 2022. Asimismo, QUINTERO LIMA, M<sup>a</sup>. G., “La mejora de las condiciones de las personas trabajadoras al servicio del hogar familiar. ¿Oportunidades perdidas?”, en *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 2023, núm. 473, pp. 87 ss.

<sup>43</sup> Artículo 3.1 del Real Decreto-ley 16/2022.

<sup>44</sup> Artículo 3.2 del Real Decreto-ley 16/2022.

<sup>45</sup> Disposición transitoria 2<sup>a</sup> del Real Decreto-ley 16/2022.

<sup>46</sup> Artículos 15 y 33 de la Orden PCM/74/2023, de 30 de enero, por la que se desarrollan las normas legales de cotización a la Seguridad Social, desempleo, protección por cese de actividad, Fondo de Garantía Salarial y formación profesional para el ejercicio 2023.

cuenta ajena incluidos en el régimen general (art. 147 LGSS)<sup>47</sup>. Y la reducción general del 20% en la cuota patronal de la cotización social por contingencias comunes, vigente con anterioridad al Real Decreto-ley 16/2022, se mantiene *sine die* tras la aprobación de la norma de urgencia, añadiéndose una notable bonificación general del 80% en la cuota patronal de las novedosas cotizaciones por desempleo y Fogasa<sup>48</sup>.

Por último, se pone fin a la posibilidad de realización directa por parte de las empleadas del hogar con contratos de una duración inferior a sesenta horas mensuales de los correspondientes trámites administrativos (actos de encuadramiento), así como del abono de las cotizaciones sociales ante la TGSS, siendo tras la entrada en vigor del Real Decreto-ley 16/2022 dichas obligaciones responsabilidad de los empleadores, titulares del hogar familiar, al igual que sucede con las empleadas del hogar con una jornada por empleador igual o superior a sesenta horas mensuales<sup>49</sup>. Una norma que busca aflorar parte del todavía muy significativo empleo sumergido que tanto abunda en esta actividad profesional.

Con todo, la más importante mejora del sistema especial de empleadas del hogar no es directa, sino indirecta, producto del crecimiento exponencial del SMI desde el año 2017 en adelante, hasta alcanzar en el año 2023 la cifra mensual de 1.080 euros y la cifra anual de 15.120 euros<sup>50</sup>. Teniendo en cuenta la altísima feminización de este colectivo de personas trabajadoras por cuenta ajena y teniendo también en cuenta la ausencia de negociación colectiva en este ámbito, con la consiguiente aplicación muy generalizada del SMI, el incremento exponencial del SMI desde el año 2017 en adelante constituye una política gubernamental con una perspectiva de género más que evidente. Algo, por cierto, mencionado en la exposición de motivos de los reales decretos anuales de fijación del SMI con menos énfasis del que sería menester.

#### **IV. Los supuestos especiales de incapacidad temporal exclusivos de las mujeres: menstruación incapacitante secundaria, interrupción del embarazo y gestación muy cercana al parto**

La Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo, modifica parcialmente el régimen jurídico de la incapacidad temporal

---

<sup>47</sup> Artículo 3.3 del Real Decreto-ley 16/2022, que da una nueva redacción a la disposición transitoria 16ª LGSS.

<sup>48</sup> Disposición adicional 1ª del Real Decreto-ley 16/2022, que contempla, asimismo, otras reducciones superiores a la general para distintos tipos de supuestos. También la disposición transitoria 3ª mantiene los beneficios específicos para los empleadores de cuidadores en casos de familias numerosas.

<sup>49</sup> Artículo 6 y disposición adicional 2ª del Real Decreto-ley 16/2022.

<sup>50</sup> Real Decreto 99/2023, de 14 de febrero, por el que se fija el salario mínimo interprofesional para el año 2023. Especial consideración merece para las empleadas del hogar contratadas por horas, algo muy habitual, el artículo 4 del citado real decreto.

mediante la introducción de tres supuestos especiales de incapacidad temporal<sup>51</sup>. La vigencia se pospone hasta el 1 de junio de 2023<sup>52</sup>. Puesto que las tres situaciones especiales de incapacidad temporal comparten como elemento común la titularidad exclusivamente femenina, por una razón puramente biológica, la perspectiva de género es obvia. En cualquier caso, en la exposición de motivos de la ley orgánica la perspectiva de género es omnipresente.

La especialidad afecta tanto a las situaciones protegidas como, sobre todo, al régimen jurídico dispensado por el legislador orgánico. Más allá de la exposición de esa doble especialidad, se lleva a cabo también en este apartado una lectura crítica de la novedosa regulación<sup>53</sup>.

Empezando por las situaciones objeto de protección bajo el paraguas común de la incapacidad temporal por enfermedad común, tres son las situaciones protegidas con carácter especial en el nuevo artículo 169.1.a) LGSS. La primera, la menstruación incapacitante secundaria, clínicamente conocida como dismenorrea secundaria, diferenciada de la primaria por su habitual vinculación con alguna patología orgánica y su mayor incidencia incapacitante<sup>54</sup>. La segunda, la interrupción del embarazo, voluntaria o no, salvo que el origen de la situación clínica fuese profesional (accidente de trabajo o enfermedad profesional). La tercera, la gestación muy cercana al parto, a partir del día primero de la semana trigésima novena.

La especialidad es mayor en la tercera de las situaciones protegidas que en las dos primeras. En efecto, mientras en las situaciones primera y segunda la actuación del profesional sanitario de asistencia primaria sigue siendo fundamental, tanto para la expedición de la baja como para la determinación de la duración del proceso especial de incapacidad temporal, en la tercera de las situaciones la intervención del profesional sanitario es puramente burocrática, de mera constatación del cumplimiento del primer día de la semana vigésima novena de gestación, siendo irrelevante la existencia o no de un problema de salud incapacitante y siendo asimismo irrelevante la necesidad o no de asistencia sanitaria específica, distinta de la propia de una gestación muy cercana temporalmente al parto. Dicho de otra manera, la incapacidad temporal por gestación muy cercana al parto actúa de una manera automática, sin valoración individualizada del estado de salud

---

<sup>51</sup> Disposición final 3ª de la Ley Orgánica 1/2023, que modifica diferentes preceptos de la LGSS. Y con finalidad concordante, las disposiciones finales 4ª a 11ª (salvo la 10ª) de la misma ley, que modifican los correspondientes preceptos de los regímenes especiales de la seguridad social de determinados funcionarios públicos, incluido el complejo mutualismo administrativo, más el régimen especial de los trabajadores del mar.

<sup>52</sup> Disposición final 17ª de la Ley Orgánica 1/2023.

<sup>53</sup> Véase MOLINA NAVARRETE, C., “Salud reproductiva y bienestar de las trabajadoras: ¿un tiempo de nuevos derechos sexuales desde la menstruación a la menopausia”, en *Revista de Trabajo y Seguridad Social*. CEF, 2022, núm. 471, pp. 5 ss.

<sup>54</sup> La definición legal de la menstruación incapacitante secundaria se incorpora en el artículo 2.6 de la Ley Orgánica 2/2010, modificada por la Ley Orgánica 1/2023.

Una muy pedagógica descripción clínica de la menstruación incapacitante secundaria puede verse en DE FUENTES GARCÍA-ROMERO DE TEJADA, C. y ARMIJO SUÁREZ, O., “La nueva regulación de la dismenorrea o reglas dolorosas”, Briefs AEDTSS, núm. 15, 2023, pp. 1-3 de la versión digital.



de la gestante. Y también está predeterminada, sin necesidad de valoración médica individualizada, la duración del proceso de incapacidad temporal, hasta el parto e inicio de la prestación por nacimiento y cuidado de menor o hasta el eventual inicio de la prestación por riesgo durante el embarazo, muy improbable a esas alturas de la gestación<sup>55</sup>.

Lo anterior no significa que en la menstruación incapacitante secundaria y en la interrupción del embarazo no haya verdadera especialidad en cuanto a la situación protegida. Se trata, en realidad, de situaciones que con anterioridad a la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2023 ya eran claramente susceptibles de iniciar procesos de incapacidad temporal, ofreciendo la incorporación legal específica de estas situaciones protegidas una mayor seguridad jurídica, sobre todo en el caso de la menstruación incapacitante secundaria y en el de la interrupción voluntaria y farmacológica del embarazo, disminuyendo, que no eliminando por completo, la discrecionalidad del profesional sanitario de atención primaria en la expedición del parte de baja. No así en lo que toca a la duración de los procesos de incapacidad temporal, donde la discrecionalidad del profesional sanitario sigue siendo igual de protagonista que antes de la reforma.

Los tres supuestos especiales de incapacidad temporal, sin perjuicio de algunas diferencias internas que serán convenientemente apuntadas, comparten un régimen jurídico especial, consistiendo la especialidad en diferentes beneficios que no se dan en los demás supuestos de incapacidad temporal por enfermedad común. Beneficios que tienen que ver con los requisitos de acceso, el nacimiento del derecho al subsidio y la existencia o no de recaídas entre diferentes procesos de incapacidad temporal por la misma o similar patología.

En cuanto a los requisitos de acceso, en concreto el periodo de carencia característico de una prestación contributiva de seguridad social derivada de enfermedad común, la nueva redacción del artículo 172 LGSS prescinde del periodo de carencia de 180 días en los cinco años inmediatamente anteriores al hecho causante en dos de las tres situaciones especiales de incapacidad temporal, la menstruación incapacitante secundaria y la interrupción del embarazo. Para la gestación cercana al parto se mantiene el periodo de carencia, pero no el apenas señalado, propio de la incapacidad temporal, sino el más sencillo de cumplir de la prestación por nacimiento y cuidado de menor (art. 178.1 LGSS) en función de la edad (menos de 21 años, entre 21 y 25 años o 26 o más años) de la gestante en el momento de inicio de la incapacidad temporal, el día primero de la semana vigésima primera de gestación.

El mantenimiento del periodo de carencia, bien es cierto que rebajado o facilitado, para esta situación especial de incapacidad temporal es una acertada decisión legislativa, pues si se hubiera suprimido por completo podría haber llegado a darse, en algunos supuestos poco habituales, la circunstancia paradójica de acceso a la prestación por incapacidad temporal poco antes del parto y una vez producido el parto imposibilidad de acceso a la prestación contributiva por nacimiento y cuidado de menor, debiendo conformarse con la prestación asistencial de los artículos 181 y 182 LGSS.

---

<sup>55</sup> Así lo establece el artículo 173.2 LGSS producto de la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2023.

Por lo que se refiere al inicio del subsidio por incapacidad temporal, la nueva redacción del artículo 173 LGSS otorga a las tres situaciones especiales de incapacidad temporales exclusivas de las mujeres un tratamiento privilegiado, con percepción del subsidio también durante los tres primeros días, a diferencia de lo que sucede con el resto de situaciones de incapacidad temporal derivadas de contingencias comunes. Mientras en la menstruación incapacitante secundaria el subsidio se abona desde el mismo día de la baja expedida por el facultativo de la sanidad pública, en las otras dos situaciones especiales el subsidio se abona desde el día siguiente al de la baja, corriendo el día de la baja a cargo del empresario, pero no en concepto de subsidio, sino de salario, al igual que sucede con la incapacidad temporal derivada de contingencias profesionales. Con esta diferencia se persigue penalizar económicamente a los empresarios lo mínimo posible, no siendo comparables las bajas por menstruación incapacitante secundaria, potencialmente frecuentes a lo largo de un muy dilatado periodo de tiempo, que las bajas por interrupción del embarazo y gestación cercana al parto, con toda probabilidad muy escasas en número.

Más allá del día de la baja, que en las dos situaciones apenas citadas corren a cargo del empresario en concepto salarial, el diseño de las situaciones especiales de incapacidad temporal está pensado para no penalizar económicamente a los empresarios. De ahí que el subsidio sea en los tres casos responsabilidad íntegra del sistema de seguridad social, es decir, de la entidad gestora o la mutua colaboradora elegida por el empresario para la cobertura de la prestación económica por incapacidad temporal derivada de contingencias comunes. A diferencia de lo que sucede con los demás supuestos de incapacidad temporal por enfermedad común, el empresario no responde del subsidio entre los días 4º a 15º (60% de la base reguladora). A buen seguro, el motivo de este trato privilegiado radique en la no estigmatización de las mujeres con menstruaciones incapacitantes secundarias, reacias al inicio de los correspondientes procesos de incapacidad temporal de corta duración si el empresario tuviera que asumir desde el día 4º el coste íntegro del subsidio. Y al mismo tiempo, si en cada proceso de incapacidad temporal se perdieran los tres primeros días de subsidio, el incentivo para el inicio de los procesos de incapacidad temporal sería muy bajo.

Todo apunta a que el diseño del tratamiento económico de estos tres supuestos especiales de incapacidad temporal en realidad está concebido exclusivamente para las menstruaciones incapacitantes secundarias, con extensión a las otras dos situaciones protegidas para no introducir demasiadas diferencias entre los tres supuestos especiales, dando así una idea de coherencia interna.

Con todo, los supuestos especiales de incapacidad temporal que se vienen analizando no dejan de ser onerosos para los empresarios, aunque solo sea por la continuidad de las cotizaciones sociales a cargo del empleador, tal y como recuerda retóricamente el artículo 144.4 LGSS, tras la modificación introducida por la Ley Orgánica 1/2023. No hay, en este sentido, diferencias entre los supuestos especiales de incapacidad temporal y los demás casos de incapacidad temporal por contingencias comunes (y por contingencias profesionales).

Onerosidad que también podría venir de la mano de las mejoras voluntarias del subsidio por incapacidad temporal derivada de enfermedad común, ya sean mejoras voluntarias por convenio colectivo ya, de manera más rara, mejoras voluntarias unilaterales. Está por ver si en los nuevos convenios colectivos (y en los planes empresariales de responsabilidad social corporativa) tendrá o no alguna incidencia la nueva regulación de los supuestos especiales de incapacidad temporal, en especial los ligados a las menstruaciones incapacitantes secundarias.

Por último, excluye el nuevo texto del artículo 169.2 LGSS la concurrencia de recaída entre los diferentes procesos de incapacidad temporal por menstruación incapacitante secundaria sin transcurso del plazo de más de 180 días entre los procesos. Una nueva manifestación del trato privilegiado dispensado a esta situación especial de incapacidad temporal, con la inequívoca finalidad de contribuir a acabar con la estigmatización de las mujeres afectadas por esa dolencia, al tiempo que facilitar el inicio de los diferentes procesos de incapacidad temporal sin temor a terminar agotando los plazos máximos de la incapacidad temporal, el ordinario de 365 días y el extraordinario de 180 días más. Y si este relevante privilegio no se extiende a las otras dos situaciones especiales de incapacidad temporal es por falta de sentido, siendo difícil de imaginar dos interrupciones del embarazo en el corto lapso de 180 días. Y en el caso de las gestaciones muy avanzadas y cercanas al parto, no es que sea difícil de imaginar, es que es imposible.

La incorporación de estos tres supuestos especiales de incapacidad temporal exclusivos de las mujeres merece, a juicio modesto de quien esto escribe, tanto una crítica general como una crítica particularizada.

La crítica general es muy obvia y tiene que ver con el riesgo de crear un precedente de pérdida de generalidad de la incapacidad temporal como situación de necesidad protegida por el sistema de seguridad social, que podría alimentar reivindicaciones futuras de tratamiento privilegiado de determinadas patologías o dolencias, con perspectiva de género o sin ella. La salud mental, tema ahora de moda con no poca razón, podría seguir esta senda más identitaria que igualitaria, con grave peligro de generar reinos de taifas. Y las migrañas, con una incidencia significativamente mayor en la población femenina que en la masculina. Y un largo etcétera.

La crítica particularizada podría empezar por la tercera de las situaciones especiales protegidas, la gestación muy cercana al parto, que más que como una situación de incapacidad temporal, sin necesidad de verdadera incapacidad temporal ni de atención sanitaria específica, más allá de la general de una gestación tan avanzada, tendría que haberse ubicado dentro de la prestación por nacimiento y cuidado de menor, a modo de reposo voluntario previo al parto, sin que la mayor duración de la situación protegida para las mujeres gestantes respecto de la del otro progenitor o respecto de las situaciones protegidas distintas de la maternidad *stricto sensu* plantease problema alguno relativo al principio constitucional de igualdad de trato. Esta ubicación más natural supondría además un mejor tratamiento económico de la situación protegida (100% de la base reguladora). De hecho, a efectos del periodo de carencia, con buen criterio, se ha recurrido a la equiparación con el nacimiento y cuidado de menor, tal y como ya se ha adelantado.

Por lo que se refiere a la interrupción del embarazo, voluntaria (quirúrgica o farmacológica) o indeseada, no se comprende cuál pueda ser la verdadera razón del tratamiento privilegiado, siendo un problema de salud, más mental que físico en muchos casos, que pocas veces se presenta en la vida de una mujer y que no reúne ni desde el punto de vista clínico ni desde el punto de vista social ninguna singularidad que aconseje un tratamiento privilegiado. ¿Por qué merece un mejor tratamiento la interrupción del embarazo que la ligadura de trompas? Y como este podrían ponerse infinidad de ejemplos, muchos de ellos ligados exclusivamente a las mujeres o con una mayor incidencia en las mujeres que en los varones.

Se deja para el final la menstruación incapacitante secundaria, la situación especial más justificada de las tres para contribuir a acabar con la estigmatización de las mujeres, siendo fundamental para ello no desincentivar económicamente el inicio de los procesos de incapacidad temporal, al tiempo que no penalizar excesivamente a los empresarios<sup>56</sup>. En cambio, no se comprende por qué haya de eliminarse el periodo de carencia, relativamente escaso (180 días en los cinco años inmediatamente anteriores al hecho causante). Se dirá que las mujeres recién incorporadas al mercado laboral y con diagnóstico de menstruación incapacitante secundaria no podrían beneficiarse del subsidio de incapacidad temporal hasta completar el periodo de carencia, pero ese pequeño sacrificio durante seis meses sería el mismo del resto de personas enfermas y accidentadas sin el periodo de carencia todavía cumplido por su reciente incorporación al mercado laboral. Adviértase que la ausencia de subsidio por incapacidad temporal no equivaldría a la ausencia de baja por enfermedad común, con la correspondiente suspensión contractual desde la perspectiva puramente laboral.

Los primeros comentaristas de la novedosa situación especial de incapacidad temporal han valorado positivamente esta novedad, sin perjuicio de unas cuantas y muy fundadas críticas, que aquí se comparten plenamente<sup>57</sup>. Empezando por la propia definición legal de la situación especialmente protegida, que exige la concurrencia de una patología orgánica de base oportunamente diagnosticada, algo no siempre sencillo ni rápido. En esta misma línea, se echa en falta la exigencia expresa de dismenorrea secundaria refractaria al tratamiento prescrito. Como se echa en falta la aclaración de que el dolor incapacitante podría tener lugar en cualquier momento del ciclo menstrual, no solo durante la menstruación en sentido estricto.

Y la crítica más severa, y que aquí se comparte a pies juntillas, es la relativa a la falta de contemplación legal de la complejidad laboral que suele acompañar a la dismenorrea secundaria, que muchas veces es completamente incapacitante, pero otras muchas veces no lo es del todo, exigiendo más bien la adaptación cuantitativa y/o cualitativa del puesto de trabajo o del tiempo de trabajo<sup>58</sup>. Se echa en falta la previsión de alternativas

---

<sup>56</sup> Véase BLÁZQUEZ AGUDO, E. M<sup>a</sup>., “La protección de las trabajadoras con menstruación incapacitante: ¿un beneficio o una medida con efectos perniciosos”, en *Foro de Labos*, 8 de marzo de 2023.

<sup>57</sup> DE FUENTES GARCÍA-ROMERO DE TEJADA, C., y ARMIJO SUÁREZ, O., “La nueva regulación ...”, op. cit., pp. 4-8 de la versión digital.

<sup>58</sup> *Idem*.

laborales a la suspensión contractual con subsidio por incapacidad temporal, quizá con una regulación más detallada de la genérica del artículo 25.1 de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales sobre la protección de trabajadores (mujeres a la fuerza en este caso) especialmente sensibles a determinados riesgos.

## V. La reforma de la Seguridad Social de 2023 y la perspectiva de género

La segunda parte de la reforma de la seguridad social comprometida con la Unión Europea (componente 30 del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia del Reino de España), que viene a completar la primera parte de esa reforma operada a finales del año 2021 (Ley 21/2021), está fundamentalmente centrada en el objetivo central de los sistemas de seguridad social de nuestros días, la sostenibilidad financiera, actuando a contracorriente no sobre la vía de los gastos del sistema, como sucede por poner solo un ejemplo con la reciente reforma francesa, sino sobre la vía de los ingresos del sistema. En cualquier caso, no corresponde a este estudio el análisis de la reforma operada por el Real Decreto-ley 2/2023 en clave de sostenibilidad financiera, a buen seguro objeto de otros estudios publicados en este mismo número monográfico de la revista *Labos*<sup>59</sup>.

Interesa exclusivamente aquí el estudio de los contenidos de la reforma de 2023 inequívocamente conectados con la perspectiva de género, en la dimensión de disminución de la brecha de género o en cualquier otra dimensión de la más amplia perspectiva de género. Disminución de la brecha de género que figura en el título mismo del Real Decreto-ley 2/2023, de 16 de marzo, de medidas urgentes para la ampliación de derechos de los pensionistas, la reducción de la brecha de género y el establecimiento de un nuevo marco de sostenibilidad del sistema público de pensiones<sup>60</sup>. Contrasta, en este sentido, esta segunda parte de la reforma de la seguridad social comprometida con la Unión Europea con la primera parte, producto de la Ley 21/2021, en la que la perspectiva de género ni aparece en el título (“de garantía del poder adquisitivo de las pensiones y de otras medidas de refuerzo de la sostenibilidad financiera y social del sistema público de pensiones”) ni forma parte de su contenido, salvo un par de referencias de menor entidad<sup>61</sup>.

---

<sup>59</sup> Una visión muy general de la norma de urgencia puede verse en GONGÁLEZ ORTEGA, S., “El segundo (por ahora) paquete de reformas en materia de Seguridad Social”, en *Briefs AEDTSS*, núm. 26, 2023, pp. 1-3 de la versión digital, e BALLESTER PASTOR, I., “El RD-Ley 2/2023, de 16 de marzo: primeras impresiones de la esperada segunda fase de reforma de las pensiones”, en *Briefs AEDTSS*, núm. 27, 2023, pp. 1-3 de la versión digital. Asimismo, MALDONADO MOLINA, J. A., “La reforma de la base reguladora de la jubilación y el destope de las bases de cotización ¿y de las pensiones?”, en *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 2023, núm. 473, pp. 53 ss.

<sup>60</sup> LÓPEZ ANIORTE, M<sup>a</sup>. C., “Las propuestas del Pacto de Toledo de 2020 frente a la brecha de género laboral y prestacional: particular atención a las recomendaciones implementadas por el RDL 2/2023, de 16 de marzo”, en *Revista de Derecho Social*, 2023, núm. 101.

<sup>61</sup> En concreto, la inclusión de las mujeres víctimas de la violencia de género en la jubilación anticipada por causa no imputable a la persona trabajadora del artículo 207 LGSS, y la modificación de la jubilación

Se pasan revista a continuación a cuatro de los cinco contenidos del Real Decreto-ley 2/2023 con inequívoca perspectiva de género, dejando el tratamiento de las reformas introducidas en el complemento para la reducción de la brecha de género del artículo 60 LGSS para otro apartado anterior de este estudio.

Comprenderá el lector que se pase de puntillas por el asunto del vehículo normativo empleado para esta segunda parte de la reforma de la seguridad social comprometida con la Unión Europea, el real decreto-ley<sup>62</sup>. Es tan evidente que no concurre el presupuesto constitucional de la extraordinaria y urgente necesidad (art. 86.1 CE), que no merece la pena malgastar las palabras sobre este particular. Basta con decir que ni la sostenibilidad financiera del sistema de seguridad social ni el compromiso asumido con la Unión Europea (componente 30) permiten orillar el vehículo legal ordinario, por lo demás de muy rápida tramitación parlamentaria si hubiera habido voluntad en ese sentido, tal y como ha sucedido no hace mucho tiempo en materia penal. Y si eso es así con carácter general, lo mismo puede decirse de los contenidos del Real Decreto-ley 2/2023 conectados a la dimensión de género.

La disposición final 10<sup>a</sup> de la norma de urgencia, relativa a la entrada en vigor, no deja lugar a dudas sobre la concurrencia o no del presupuesto constitucional de la extraordinaria y urgente necesidad. Y el acuerdo con una parte de los agentes sociales, los sindicatos más representativos CC.OO. y UGT, y no así con las patronales más representativas CEOE y CEPYME, en el marco del diálogo social, merece los mayores elogios, sin duda, pero no puede servir de cortada para obviar la exigencia constitucional de la extraordinaria y urgente necesidad.

### *1. La integración de las lagunas de cotización en la pensión por jubilación y la reducción de la brecha de género*

La ampliación del periodo de cotización tomado en consideración para el cálculo de la base reguladora de la pensión por jubilación, llevado a cabo por la reforma de 2011 (Ley 27/2011), pasando progresivamente de 15 años (180 meses) a 25 años (300 meses) en el año 2022<sup>63</sup>, vino acompañada de nuevas reglas restrictivas para la integración de las lagunas de cotización en el cálculo de la base reguladora de la pensión por jubilación (también en el cálculo de la base reguladora de la incapacidad permanente derivada de enfermedad común). Reglas restrictivas conforme a las cuales los meses sin obligación de cotización no se integrarían todos mediante el 100% la base mínima de cotización, tal y como venía sucediendo con anterioridad, sino tan solo los primeros 48 meses (4

---

forzosa por convenio colectivo de la disposición adicional 10<sup>a</sup> ET, con referencia expresa a la segregación ocupacional por género.

<sup>62</sup> Real Decreto-ley 2/2023 convalidado muy ampliamente por el Congreso de los Diputados el día 30 de marzo de 2023, con simultánea votación favorable para la tramitación del real decreto-ley como proyecto de ley por el procedimiento de urgencia.

<sup>63</sup> Artículo 209.1 LGSS y disposición transitoria 8<sup>a</sup> LGSS producto de la reforma de 2011 (Ley 27/2011).

años), y para el resto de meses la integración sería mediante el 50% de la base mínima de cotización, con el consiguiente perjuicio para los pensionistas<sup>64</sup>.

Esa regla restrictiva permanece formalmente en vigor tras el Real Decreto-ley 2/2023, si bien con profundas modificaciones materiales a tenor de la disposición transitoria 41ª LGSS introducida por la norma de urgencia de 2023. Modificaciones materiales dirigidas a la reducción de la brecha de género, con radical distinción entre las mujeres y los hombres<sup>65</sup>.

Para las mujeres la mejora consiste en la ampliación de la integración de las lagunas de cotización conforme al 100% de la base mínima de cotización durante un año más, es decir, durante los meses 49 a 60. Asimismo, entre los meses 61 a 80 la integración en lugar de limitarse al 50% de la base mínima de cotización, tal y como dispone el artículo 209.1.b) LGSS, se incrementa hasta el 80% de la base mínima de cotización.

Puesto que no se exige a las mujeres no ya la dedicación al cuidado de los hijos, sino ni siquiera la existencia misma de hijos, la finalidad del beneficio para las mujeres consiste en la disminución de la brecha de género en la pensión por jubilación por cualesquiera motivos que dicha brecha pueda venir ocasionada, siempre en relación con las lagunas de cotización, incluido el cuidado de los hijos, pero también otros factores como la mayor exposición a los periodos de crisis económica, etc. Así aparece en la exposición de motivos del Real decreto-ley 2/2023 (apartado I).

Para los varones, en cambio, la ampliación de la integración de las lagunas de cotización en los términos antes expresados para las mujeres, más allá de lo ya previsto por el artículo 209.1.b) LGSS, viene condicionada, en primer lugar, por la existencia de algún hijo y, en segundo lugar, por el perjuicio profesional efectivo consecuencia del nacimiento y el cuidado de al menos uno de los hijos. Perjuicio profesional en los mismos términos necesarios para el devengo del complemento para la reducción de la brecha de género asociado a la pensión por jubilación, con distinción entre los hijos nacidos o adoptados antes o después del 1 de enero 1995. Se remite a lo dicho, a este propósito, en el apartado dedicado al complemento para la reducción de la brecha de género, reformado por el Real Decreto-ley 2/2023 en este mismo asunto del perjuicio profesional. En cualquier caso, no sería necesario el devengo del complemento para la reducción de la brecha de género para la aplicación del beneficio de la ampliación de la integración de las lagunas de cotización.

A diferencia del complemento para la reducción de la brecha de género, el beneficio a que se viene haciendo referencia podría ser de aplicación, en su caso, a los dos progenitores de un mismo hijo en común, de sexo diferente o del mismo sexo, siempre que en el caso de los varones concurriera el perjuicio profesional mencionado en el anterior párrafo.

Adviértase que el beneficio en cuestión solo está expresamente pensado para la pensión por jubilación y no así para la pensión por incapacidad permanente derivada de enfermedad común y ello pese a existir una regla para el cálculo de la base reguladora de la

<sup>64</sup> Artículo 209.1.b) LGSS producto de la reforma de 2011.

<sup>65</sup> Disposición transitoria 41ª LGSS introducida por el artículo 1.41 del Real Decreto-ley 2/2023.

pensión por incapacidad permanente con integración de las lagunas de cotización idéntica a la del artículo 209.1.b) LGSS, la del artículo 197.4 LGSS. Aunque no faltará quien seguramente apueste por la extensión del beneficio mediante el recurso a la analogía del artículo 4.1 CC, se apuesta aquí por la aplicación estricta del beneficio, exclusivamente en la pensión por jubilación. La razón es que no pueden compararse los periodos de cotización tomados en consideración para el cálculo de la base reguladora en ambas pensiones, de 25 años o más en el caso de la pensión por jubilación<sup>66</sup> y de tan solo ocho años (art. 197.1.a) LGSS) en el supuesto de la pensión por incapacidad permanente derivada de enfermedad común. Una diferencia así a la fuerza ha de impedir la aplicación analógica por falta de identidad de razón, siendo la ampliación de las lagunas de cotización con el 100% (o el 80%) de la base mínima de cotización mucho más necesaria en la pensión por jubilación que en la pensión por incapacidad permanente, en la que ya está prevista que hasta la mitad del periodo de cotización objeto de cómputo, cuatro de ocho años, puede verse beneficiada mediante la integración de lagunas con el 100% de la base mínima de cotización.

La ampliación de la integración de las lagunas de cotización como mecanismo para la reducción de la brecha de género en la pensión por jubilación tendrá que esperar para entrar en vigor nada menos que hasta el 1 de enero de 2026, a la luz de la disposición final 10ª del Real Decreto-ley 2/2023. ¿Dónde está la extraordinaria y urgente necesidad del 86.1 CE?

Con el vetusto Derecho antidiscriminatorio europeo (por razón de sexo) en materia de seguridad social (Directiva 79/7) y la restrictiva interpretación por parte del TJUE (sentencia de 12 de diciembre de 2019, asunto C-450/18) de las acciones positivas a favor de las mujeres del artículo 157.4 TFUE<sup>67</sup>, el beneficio que se viene analizando corre un riesgo no menor de caer por el mismo precipicio por el que se despeñó el complemento por maternidad, declarado discriminatorio para los varones por la sentencia del TJUE apenas citada Precipicio por el que algún día, cuando se presente alguna cuestión prejudicial, podría también despeñarse el complemento para la reducción de la brecha de género que vino a sustituir al complemento por maternidad.

El legislador de urgencia español ha asumido un elevado riesgo de contravención del Derecho antidiscriminatorio europeo a la hora de regular de forma tan distinta para las mujeres y los varones el beneficio de la ampliación de la integración de las lagunas de cotización más allá de lo que ya venía garantizando el artículo 209.1.b) LGSS de forma neutra. Muy en particular por el hecho de no exigir a las mujeres la existencia de hijos. En este sentido, quizá debería aprovechar el Gobierno español la presidencia semestral de la Unión Europea, en la segunda mitad del año 2023, para poner en marcha una

---

<sup>66</sup> Artículo 209.1 LGSS y disposición transitoria 4ª.7 LGSS, producto de la reforma operada por el Real Decreto-ley 2/2023.

<sup>67</sup> Por todos, RAMOS QUINTANA, M. I., “El complemento por maternidad como acción positiva y su desnaturalización jurídica”, en *Trabajo y Derecho*, 2020, núm. 61, pp. 1-6 de la versión digital, y MOLINA NAVARRETE, C., «Brecha de género en pensiones, complemento por maternidad y varón (viudo o no) discriminado: ¿El TJUE no cree en juzgar con perspectiva de género?», en *Revista de Trabajo y Seguridad Social-CEF*, 2020, núm. 445, pp. 188 ss.



reforma de la vetusta Directiva 79/7, introduciendo en la misma mecanismos de acción positiva a favor de las mujeres.

Precisamente, para procurar superar el eventual juicio crítico del TJUE el beneficio de la ampliación de la integración de las lagunas de cotización no se configura como una regulación con vocación de permanencia, sino como una regulación de derecho transitorio, de ahí su ubicación en la disposición transitoria 41ª LGSS. Regulación de derecho transitorio en tanto en cuanto la brecha de género en la pensión por jubilación sea superior al 5%, en los mismos términos (disposición adicional 37ª LGSS) que rigen para el complemento para la reducción de la brecha de género<sup>68</sup>.

El umbral porcentual de la brecha de género situado en el 5% parece demasiado bajo, teniendo en cuenta que la brecha de género en materia de pensiones contributivas de seguridad social no solo obedece al perjuicio profesional, ligado al nacimiento y el cuidado de los hijos. Puesto que es bien conocido que existen multitud de causas de la brecha de género en materia salarial, que posteriormente se traducen en la brecha de género en materia de pensiones contributivas de seguridad social, el bajo porcentaje del 5% se antoja destinado a perdurar durante muchísimo tiempo, incluso más allá de que la corresponsabilidad parental sea una realidad suficientemente extendida, convirtiendo el beneficio de la ampliación de la integración de las lagunas de cotización para las mujeres *de facto* en permanente. Téngase en cuenta que en las pensiones por jubilación causadas en el año 2020 la brecha de género estaba nada menos que en el 19,3%, notablemente por debajo del porcentaje del 30% tomando en consideración la totalidad de pensiones por jubilación vivas, pero todavía a una distancia sideral del umbral del 5%, seguramente inalcanzable durante décadas y décadas.

En caso de cambio registral de sexo, pasando del sexo masculino al sexo femenino, no está del todo claro si el beneficio que se viene estudiando se aplicaría solo para las lagunas de cotización a partir del cambio registral de sexo, o bien para cualesquiera lagunas de cotización, posteriores o anteriores al cambio registral de sexo. El artículo 46.4 de la Ley 4/2023, de 28 de febrero, para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para la garantía de los derechos de las personas LGTBI, apuntaría a la aplicación del beneficio propio de las mujeres solo para las lagunas de cotización posteriores al cambio registral de sexo, aunque está por ver tanto la interpretación de la norma en cuestión por la Administración de la seguridad social como, sobre todo, por los jueces y tribunales.

Antes de cerrar este apartado, resulta necesario aludir al novedoso mecanismo de integración de determinadas lagunas de cotización para el cálculo de la base reguladora de la pensión por jubilación en el RETA, mediante la modificación del artículo 322 LGSS<sup>69</sup>. Un mecanismo que, a diferencia del que se acaba de ver, el de la disposición

<sup>68</sup> VIVERO SERRANO, J. B., *Del complemento por ...*, op. cit., pp. 229 ss.

<sup>69</sup> Dice así, el artículo 322 LGSS tras la modificación operada por el artículo 1.28 del Real Decreto-ley 2/2023: “La cuantía de la pensión de jubilación en este régimen especial se determinará aplicando a la base reguladora el porcentaje procedente de acuerdo con la escala establecida para el Régimen General, en función exclusivamente de los años de cotización efectiva del beneficiario. En los supuestos en que en el período que haya de tomarse para el cálculo de la base reguladora aparecieran, con posterioridad a la extinción de la

transitoria 41ª LGSS, no contempla diferencia alguna entre mujeres y varones y ello pese a la existencia también en el RETA de una notable brecha de género en la pensión por jubilación<sup>70</sup>. Algo difícil de explicar, salvo error u omisión. También en este caso la mejora tendría que esperar para entrar en vigor nada menos que hasta el 1 de enero de 2026, conforme dispone la disposición final 10ª del Real Decreto-ley 2/2023.

## 2. La mejora de la prestación familiar en su modalidad contributiva con perspectiva de género

El artículo 1.25 del Real Decreto-ley 2/2023 introduce sendas mejoras en la prestación familiar en su modalidad contributiva, concretamente mediante la modificación de los apartados 2º y 3º del artículo 237 LGSS<sup>71</sup>. Sendas mejoras que continúan con la tradición de los beneficios neutros, previstos indistintamente para mujeres y varones, en la línea de la corresponsabilidad parental impulsada desde hace mucho por la Unión Europea, aunque con una indisimulada perspectiva de género, a sabiendas del ejercicio muy mayoritariamente femenino de los derechos de conciliación de la vida familiar y laboral de los artículos 37.6 ET (reducciones de jornada) y 46.3 ET (excedencias).

La primera de las mejoras afecta al apartado 2º del artículo 237 LGSS y extiende las cotizaciones sociales ficticias, a efectos de las prestaciones por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia y nacimiento y cuidado de menor, del primer año de excedencia por cuidado de otros familiares<sup>72</sup>, una novedad de la Ley Orgánica 3/2007, a los años segundo y tercero, igualando así el beneficio de las cotizaciones sociales ficticias propio de la excedencia por cuidado de hijos (o menores en régimen de acogimiento permanente o de guarda con fines de adopción) del artículo 237.1 LGSS. Beneficio este último que también ha ido mejorando con el paso del tiempo: desde el primer año hasta el segundo por la Ley Orgánica 3/2007 y desde el segundo año hasta el tercero por la Ley 27/2011, con vigencia desde 1 de enero de 2013.

---

prestación económica por cese de actividad, períodos durante los cuales no hubiese existido obligación de cotizar, se integrarán las lagunas de cotización de los siguientes seis meses de cada uno de dichos períodos con la base mínima de la tabla general de este régimen especial”.

<sup>70</sup> Véase la información que aparece en el siguiente enlace, corroborada por las estadísticas oficiales del Ministerio de Inclusión, Seguridad Social y Migraciones: <https://www.epe.es/es/activos/20220309/brecha-pensiones-asalariados-autonomos-supera-13342560>

<sup>71</sup> Por todos, GARCÍA ROMERO, M.ª B., «Medidas de Seguridad Social en respuesta a los retos que plantean las responsabilidades familiares: fomento de la natalidad, conciliación e igualdad de género pres-tacional», en *Revista de Derecho Social*, núm. 74, 2016, pp. 113 ss. Asimismo, ARENAS VIRUEZ, M., *Las prestaciones familiares de la Seguridad Social*, Aranzadi, Navarra, 2017, y AA.VV., *Protección a la familia y Seguridad Social. Hacia un nuevo modelo de protección sociolaboral*, dos tomos, Laborum, Murcia, 2018.

<sup>72</sup> Traza pedagógicamente la distinción entre los dos supuestos de excedencia por razones de conciliación de la vida familiar y laboral del artículo 46.3 ET la STS, 4ª, 5-2-2021, rcud 2102/2018, reseñada por este mismo autor en la sección de Jurisprudencia de la revista *Trabajo y Derecho*, 2021, núm. 77. Véase también el comentario de esta sentencia a cargo de GARCÍA ROMERO, M.ª B., “La excedencia por cuidado de familiares no incluye la atención de un hijo de nueve años que necesita ayuda escolar para superar el curso”, en *Revista de Jurisprudencia Laboral*, 2021, núm. 3, pp. 1-7 de la versión digital.

Sorprende sobremanera el alcance de la mejora a que se acaba de hacer referencia, yendo el legislador de urgencia de seguridad social más allá de donde ha ido el legislador laboral, que primero introdujo una excedencia por cuidado de otros familiares de hasta un año de duración (Ley 39/1999) y posteriormente amplió dicho periodo máximo hasta el segundo año (Ley Orgánica 3/2007), sin perjuicio de la ampliación del periodo máximo por parte de la negociación colectiva. Puesto que el legislador de urgencia de seguridad social ha ampliado el beneficio de las cotizaciones sociales ficticias hasta el tercer año completo, solo podrán disfrutar del todo este beneficio las personas trabajadoras que obtengan una excedencia por cuidado de otros familiares de más de dos años de duración gracias a la negociación colectiva.

La segunda de las mejoras se proyecta sobre el apartado 3º del artículo 237 LGSS, una importante novedad de la Ley Orgánica 3/2007, que tiene que ver con las diferentes situaciones de reducción de la jornada de trabajo por razones de conciliación de la vida familiar y laboral que se benefician de las cotizaciones sociales ficticias, a efectos de las prestaciones por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia y nacimiento y cuidado de menor, hasta alcanzar el 100% de las bases de cotización que habrían correspondido sin reducción de la jornada.

La más conocida de las reducciones de la jornada por razones de conciliación de la vida familiar y laboral, la reducción por la guarda de hijo (o menor) de 12 años del párrafo primero del artículo 37.6 ET, pasa de una prestación familiar en su modalidad contributiva de un máximo de dos años a un máximo de tres años.

Mayor intensidad tiene la mejora en el supuesto de la reducción de la jornada para el cuidado directo de otros familiares del segundo párrafo del artículo 37.6 ET, pasando el beneficio de las cotizaciones sociales ficticias del primer año como máximo hasta el tercer año como máximo, con la consiguiente igualación con el beneficio propio de la reducción de la jornada por guarda legal de hijo (o menor) menor de 12 años.

Ambas mejoras están en vigor desde el día siguiente al de la publicación de la norma de urgencia en el BOE (17-3-20223), es decir, desde el 18 de marzo de 2023, tal y como dispone la compleja disposición final 10ª del Real Decreto-ley 2/2023.

### *3. Las pensiones por jubilación e incapacidad permanente (enfermedad común) de los trabajadores a tiempo parcial: el legislador de urgencia toma nota de las sentencias del TJUE y el Tribunal Constitucional*

Las prestaciones de seguridad social, y muy en particular las pensiones por jubilación e incapacidad permanente (derivada de enfermedad común), de los trabajadores a tiempo parcial son un foco permanente de litigiosidad al más nivel, incluidos el TJUE y el Tribunal Constitucional<sup>73</sup>.

<sup>73</sup> Entre otros muchos, BENITO BENÍTEZ, M<sup>a</sup>. A., «La vulneración del derecho de igualdad y de la prohibición de la discriminación sexista en el cálculo de la pensión de jubilación de las personas trabajadoras a tiempo parcial», en *Revista de Derecho de la Seguridad Social-Laborum*, núm. 21, 2019, pp. 153 y ss., y

Las modificaciones que los apartados 26º y 27º del artículo 1 del Real Decreto-ley 2/2023 llevan a cabo de los artículos 247 y 248 LGSS son (más en el segundo caso que en el primero) la traducción legislativa de las últimas sentencias del TJUE (sentencia 8-5-2019, asunto c-161/18, Villar Láiz) y el Constitucional (SSTC 91/2019 y 151/2021) sobre la problemática de las pensiones por jubilación e incapacidad permanente (derivada de enfermedad común) de los trabajadores a tiempo parcial, con sendas declaraciones de discriminación indirecta por razón de sexo al estar el colectivo de las personas trabajadoras a tiempo parcial en España altamente feminizado. En consecuencia, la perspectiva de género que está detrás de estas modificaciones es notoria, sin perjuicio de lo cual la exposición de motivos del Real Decreto-ley 2/2023 (apartado III) se encarga de recordarlo. Bien es verdad que las modificaciones normativas van más allá de lo exigido por el TJUE y el Constitucional español.

Empezando por el final, lo más directamente afectado por las jurisprudencias europea y constitucional, la modificación del artículo 248 LGSS, que regula la cuantía de las prestaciones de seguridad social de los trabajadores a tiempo parcial, tiene dos manifestaciones principales y algunas más menores (incapacidad temporal de trabajadores a tiempo parcial y trabajadores fijos discontinuos), que no vienen al caso. La más importante de las manifestaciones consiste en la supresión del apartado 3º del artículo 248 LGSS, doblemente declarado discriminatorio por razón de sexo. Desaparece, pues, del ordenamiento jurídico una forma de cálculo de las pensiones por jubilación e incapacidad permanente (enfermedad común) de los trabajadores a tiempo parcial que penalizaba a estos en lo que al cómputo del periodo de cotización determinante del porcentaje aplicable sobre la base reguladora se refiere. Cómputo no del entero periodo de cotización efectiva del trabajador a tiempo parcial, en alta y con obligación de cotización por medio, sino de un periodo de cotización reducido, con arreglo a las complejas reglas del coeficiente de parcialidad (art. 247.a) LGSS en la versión anterior a la reforma operada por el RDL 2/2023) y del coeficiente multiplicador del 1,5 (art. 248.3 LGSS en la versión anterior a la reforma operada por el RDL 2/2023). Luego, cálculo sin diferencias entre los trabajadores a tiempo parcial y los trabajadores a tiempo completo, para beneficio fundamentalmente de las mujeres, aunque a partir de una normativa formalmente neutra.

Es verdad que el apartado 3º del artículo 248 LGSS, ahora formalmente suprimido, ya no venía siendo aplicado por las entidades gestoras competentes, a resultas de sendos criterios de gestión derivados de las sentencias del Alto Tribunal de 2019 y 2021. El Criterio de gestión 17/2019, de 12 de agosto, de la Subdirección General de Ordenación y Asistencia Jurídica del INSS<sup>74</sup>, relativo a la pensión por jubilación. Y el Criterio de gestión 29/2021, de 20 de octubre, de la Subdirección General de Ordenación y Asis-

---

TOSCANI GIMÉNEZ, D., «Los problemas del acceso a la pensión de jubilación de los trabajadores temporales y a tiempo parcial. Comentarios a la STJUE de 8 de mayo de 2019 y STC 91/2019, de 3 de julio», en *Revista de Derecho de la Seguridad Social-Laborum*, núm. 21, 2019, pp. 163 y ss.

<sup>74</sup> Dicho criterio puede consultarse en este enlace: <https://transparencia.gob.es/servicios-buscador/contenido/normativaconsulta.htm>

tencia Jurídica del INSS, dedicado a la pensión por incapacidad permanente derivada de enfermedad común<sup>75</sup>.

La otra manifestación importante afecta al apartado 2º del artículo 248 LGSS, que establecía una forma peculiar de integración de las lagunas de cotización (jubilación e incapacidad permanente derivada de enfermedad común) de los trabajadores a tiempo parcial, con consideración de la concreta parcialidad (número de horas contratadas en comparación con un tiempo completo) inmediatamente anterior a cada periodo temporal con lagunas de cotización y objeto por ello de integración. Esa forma de integración reducida de las lagunas de cotización, interpretada de forma estricta por el Tribunal Supremo<sup>76</sup>, ha sido suprimida por el Real Decreto-ley 2/2023, debiendo realizarse la integración como si de un trabajador a tiempo completo se tratase, lo que constituye un indudable beneficio, sobre todo para las mujeres. De manera sorprendente, una vez más, la entrada en vigor se demora hasta el 1 de enero de 2026, en atención a lo dispuesto por la disposición final 10ª del Real Decreto-ley 2/2023.

Adviértase que con la equiparación entre los trabajadores a tiempo parcial y los trabajadores a tiempo completo, en la materia que se acaba de mencionar y cuando dentro de más de dos años acabe entrando en vigor, pueden llegar a ser de mayor cuantía para los trabajadores a tiempo parcial las bases de cotización de los meses sin obligación de cotización, y objeto por ello de integración, que las bases de cotización de los meses con cotizaciones sociales por medio, lógicamente calculadas a partir de las retribuciones de los trabajadores a tiempo parcial, que son retribuciones ajustadas a la inferior jornada de trabajo en comparación con la de los trabajadores a tiempo completo comparables. Quiebra así el principio contributivo en favor de los trabajadores a tiempo parcial, muy mayoritariamente mujeres. Otra forma más de contribuir a la disminución de la brecha de género en materia de pensiones por jubilación e incapacidad permanente (enfermedad común).

Cambiando de registro, la modificación del artículo 247 LGSS también responde a la lógica de la supresión de las diferencias entre los trabajadores a tiempo parcial y los trabajadores a tiempo completo, en este caso a propósito del periodo de carencia propio de las prestaciones por jubilación, incapacidad permanente, muerte y supervivencia, incapacidad temporal y nacimiento y cuidado de menor, más allá de lo que reza el título de este epígrafe. Todos los periodos de alta con cotización efectiva por parte de los trabajadores a tiempo parcial, al margen del mayor o menor número de horas trabajadas en cada periodo de alta, computan con normalidad a efectos de los correspondientes periodos de carencia de las prestaciones contributivas de seguridad social apenas mencionadas<sup>77</sup>. La entrada en vigor de esta importante modificación normativa se retrasa hasta el 1 de octubre de 2023, de conformidad con la disposición final 10ª del Real Decreto-ley 2/2023.

---

<sup>75</sup> Su consulta puede realizarse en el siguiente enlace: <https://transparencia.gob.es/servicios-buscador/contenido/normativaconsulta.htm>

<sup>76</sup> STS, 4ª, 16-3-2017, rcud 1871/2013, reseñada por este mismo autor en la sección de Jurisprudencia de la revista *Trabajo y Derecho*, 2017, núm. 33.

<sup>77</sup> Artículo 1.26 del Real Decreto-ley 2/2023.

#### *4. Pensiones mínimas y garantía de suficiencia: lucha contra la pobreza y perspectiva de género*

La suficiencia de las pensiones de seguridad social es una garantía constitucional (arts. 41 y 50 CE), además de una obligación internacional asumida por España (art. 12 de la Carta Social Europea revisada), que tiene su base en la dignidad de la persona proclamada en el artículo 10 CE, y que constituye una útil herramienta en la irrenunciable, en todo Estado que se defina como social de derecho, lucha contra la pobreza, siendo una obligación de los poderes públicos la determinación periódica de los umbrales de pobreza a partir de los correspondientes datos estadísticos (Encuesta de Condiciones de Vida del INE). Así lo recoge la Recomendación número 15 de la versión de 2020 de las Recomendaciones del Pacto de Toledo.

La nueva disposición adicional 53ª LGSS, añadida por el artículo 1.35 del Real Decreto-ley 2/2023, constituye el complejo desarrollo legislativo de la citada recomendación del Pacto de Toledo. Busca la nueva disposición legal elevar progresivamente el importe de las pensiones contributivas mínimas, así como el de las pensiones no contributivas, más allá de lo que correspondería anualmente por el incremento de la inflación (art. 58.2 LGSS), con arreglo a los términos a que de inmediato se hará referencia. Puesto que las mujeres predominan estadísticamente entre las personas beneficiarias de las pensiones contributivas mínimas y las pensiones no contributivas, la perspectiva de género que está detrás de la nueva disposición adicional 53ª LGSS es notoria, pese a lo cual la exposición de motivos del Real Decreto-ley 2/2023 no pierde la oportunidad de recordarlo (apartado I).

La piedra angular del incremento progresivo de las pensiones de seguridad social más bajas radica en el cálculo anual del umbral de la pobreza para un hogar unipersonal, a partir de los datos estadísticos proporcionados por la Encuesta de Condiciones de Vida del INE, convenientemente actualizados dado el relativo retraso que suelen tener esos datos<sup>78</sup>. Los últimos datos oficiales que se disponen son del año 2022, calculados con cifras del año 2021<sup>79</sup>.

El siguiente paso consiste en la distinción entre los distintos tipos de pensiones contributivas mínimas en función de las circunstancias familiares de las personas beneficiarias, por un lado, y las pensiones no contributivas por otro lado. Para las primeras el umbral de la pobreza para un hogar unipersonal se multiplica por 1,5. Para las segundas, en cambio, el factor multiplicador se queda en el 0,75.

---

<sup>78</sup> Dice así el apartado 1º (párrafo segundo) de la disposición adicional 53ª LGSS añadida por el artículo 1.35 del Real Decreto-ley 2/2023: “Para la determinación de dicho umbral de la pobreza se multiplicará por 1,5 el umbral de la pobreza correspondiente a un hogar unipersonal en los términos concretados para España en el último dato disponible de la Encuesta de Condiciones de Vida del Instituto Nacional de Estadística, actualizada hasta el año correspondiente de acuerdo con el crecimiento medio interanual de esa renta en los últimos ocho años”.

<sup>79</sup> Según la información que proporciona la Encuesta de Condiciones de Vida del año 2022, el valor del umbral de riesgo de pobreza de un hogar en España de una sola persona (calculado con los datos de ingresos de 2021) se situó en 10.088 euros anuales.

La información puede consultarse en el siguiente enlace: [https://www.ine.es/prensa/ecv\\_2022.pdf](https://www.ine.es/prensa/ecv_2022.pdf)

La pensión contributiva mínima que actúa como modelo de referencia, con las consecuencias que después se verán, es la pensión por jubilación para personas beneficiarias con 65 o más años y cónyuge a cargo<sup>80</sup>. Para esa pensión mínima de referencia se establece desde el año 2027 la convergencia con el umbral de la pobreza para un hogar integrado por dos adultos, que es igual al umbral de la pobreza de un hogar unipersonal multiplicado por 1,5.

Y hasta llegar al año 2027, entre los años 2024, 2025 y 2026 se fija la siguiente convergencia progresiva con el umbral de la pobreza de un hogar integrado por dos adultos: “– El 1 de enero de 2024 la cuantía de referencia se incrementará adicionalmente en el porcentaje necesario para reducir en un 20 por ciento la brecha que exista. – El 1 de enero de 2025 la cuantía de referencia se incrementará adicionalmente en el porcentaje necesario para reducir en un 30 por ciento la brecha que exista. – El 1 de enero de 2026 la cuantía de referencia se incrementará adicionalmente en el porcentaje necesario para reducir en un 50 por ciento la brecha que exista”.<sup>81</sup>

Determinadas pensiones contributivas mínimas distintas de la pensión de referencia, la pensión por jubilación para personas beneficiarias con 65 o más años y cónyuge a cargo, resultan equiparadas completamente a la pensión de referencia desde el año 2024, con el consiguiente incremento de las cuantías, así como la plena aplicación de lo dispuesto en los dos párrafos anteriores con la finalidad de la progresiva convergencia con el umbral de la pobreza de un hogar integrado por dos adultos. Se trata de las siguientes pensiones contributivas mínimas: la pensión por viudedad (al margen de la edad) con cargas familiares y las pensiones contributivas del tipo que sea con cónyuge a cargo, excepto la de incapacidad permanente total derivada de enfermedad común de menores de 60 años, que es una pensión que, a diferencia de todas las demás, no exige carencia de rentas (art. 196.2 LGSS).

Para el resto de pensiones contributivas mínimas<sup>82</sup>, sin cónyuge o con cónyuge no a cargo, el apartado 4º de la nueva disposición adicional 53ª LGSS fija una convergencia progresiva con el umbral de la pobreza de un hogar integrado por dos adultos durante los años 2024 a 2026 y una convergencia plena con dicho umbral a partir del año 2027 en términos porcentuales reducidos, concretamente el 50% de los porcentajes correspondientes a la pensión contributiva mínima de referencia, la pensión por jubilación para personas beneficiarias de 65 o más años y cónyuge a cargo. Porcentajes siempre reducidos en un 50% por el hecho de tratarse de personas beneficiarias de pensiones mínimas sin cónyuge a cargo o con cónyuge no a cargo, es decir, individualmente consideradas, cuando el umbral de la pobreza que se toma en consideración no es el de los hogares unipersonales, sino el de los hogares con dos adultos (aplicación del factor multiplicador 1,5).

---

<sup>80</sup> El importe de esa pensión mínima para el año 2023 es de 966,20 euros mensuales y 13.526,80 euros anuales.

<sup>81</sup> Apartado 2º de la disposición adicional 53ª LGSS añadida por el artículo 1.35 del Real Decreto-ley 2/2023.

<sup>82</sup> Véase la información que proporciona el siguiente enlace, con datos para el año 2023: <https://www.seg-social.es/wps/portal/wss/internet/Pensionistas/Revalorizacion/30434>

Ni que decir tiene que esta nueva disposición adicional de la LGSS, junto a otras muchas normas anteriores de seguridad social, hacen cada día más necesaria la contemplación con carácter general de las parejas de hecho formalizadas, con papeles por medio si se permite la expresión coloquial.

Téngase muy en cuenta que la nueva disposición adicional 53ª LGSS no suprime el tope máximo del importe de los complementos por mínimos, igual al importe de las pensiones no contributivas de seguridad social (jubilación e invalidez), de conformidad con el artículo 59.4 LGSS, también reformado por el Real Decreto-ley 2/2023. De hecho, en la Recomendación número 15 de la versión de 2020 del Pacto de Toledo se insiste en la conveniencia de seguir topando el importe de los complementos por mínimos a partir de la cuantía de las pensiones no contributivas de seguridad social. La pervivencia del referido tope máximo, pensado para no desincentivar excesivamente la cotización a la seguridad social, será un obstáculo en la consecución del objetivo de la lucha contra la pobreza de los pensionistas de seguridad social, bien es cierto que corregido en buena medida por el incremento de las propias pensiones asistenciales de seguridad social, en los términos que se abordan a continuación.

En efecto, también las pensiones no contributivas de seguridad social serán progresivamente incrementadas entre los años 2024 a 2026 para procurar la convergencia con el umbral de la pobreza, y desde el año 2027 la convergencia habrá de ser plena. Lo que cambia es la determinación misma del umbral de la pobreza objeto de las referidas convergencias primero progresiva y después plena. Un umbral de la pobreza calculado mediante la aplicación de un factor multiplicador más bajo que el de las pensiones contributivas mínimas, del 0,75 en lugar del 1,5. Recuérdese que el umbral de la pobreza resultado de la Encuesta de Condiciones de Vida del INE es el de los hogares unipersonales. Sobre dicho umbral se aplican los factores multiplicadores, en este caso del 0,75; se insiste.

Dos consideraciones finales. Primera y más importante, la nueva disposición adicional 53ª LGSS constituye un marco normativo no autosuficiente, que precisa de la implementación anual de las correspondientes medidas, empezando por el cálculo actualizado del umbral de la pobreza y continuando con todo lo demás. Sucede, sin embargo, que dichas medidas no se encomiendan sin más a la Administración de la seguridad social, sino nada más y nada menos que al legislador presupuestario anual. Lo que significa que dicho legislador con total libertad (*lex posterior y lex specialis*) podrá en cada anualidad atenerse escrupulosamente a lo dispuesto por la disposición adicional 53ª LGSS, o bien apartarse en los términos que sean, *in peius o in melius*. Algo nada infrecuente, como es de sobre sabido, en materia de revalorización anual de las pensiones de seguridad social, contributivas (mínimas o no) y no contributivas o asistenciales.

Y segunda consideración final, la monitorización permanente de la novedad legislativa que se viene describiendo por parte del Gobierno de la nación, con informe anual dirigido a la Comisión del Pacto de Toledo del Congreso de los Diputados, mereciendo la perspectiva de género un especial énfasis en el informe anual en cuestión, tal y como dispone el apartado 7º de la nueva disposición adicional 53ª LGSS.



## VI. A modo de conclusión

La principal conclusión del presente estudio es que la perspectiva de género proyectada sobre el sistema de seguridad social ha llegado para quedarse y para asumir un protagonismo creciente, similar al que tiene en el ámbito laboral, con mayor historia detrás. En este sentido, la versión de 2020 del Pacto de Toledo supone un decisivo espaldarazo en el plano político, profusamente secundado en el terreno legislativo por las diferentes intervenciones legislativas que son objeto de somero análisis en este trabajo, más otras más sin tratamiento por falta de espacio. Y a ello habría de añadirse la cada día más relevante jurisprudencia con perspectiva de género, con incesantes manifestaciones en materia de seguridad social en los últimos años.

Tanto las intervenciones legislativas de los últimos años como la todavía joven jurisprudencia con perspectiva de género merecen *grosso modo* una valoración positiva y constituyen el camino por el que habrá que seguir transitado en lo sucesivo. Ni que decir tiene que no faltan soluciones normativas y judiciales susceptibles de crítica, algunas de ellas introducidas en este trabajo, pero sin que ello suponga desmerecer la positiva visión de conjunto.

Particular mención merecen las acciones positivas a favor de las mujeres como el complemento para la reducción de la brecha de género, la integración de las lagunas de cotización para la pensión por jubilación y las que pudieran implementarse en el futuro. Resulta fundamental tener muy presente que no basta con querer combatir la odiosa brecha de género en materia de pensiones, como no basta tampoco con la audacia de afrontar el combate mediante acciones positivas, siendo igual de importante diseñar técnicamente las acciones positivas de conformidad con las formas jurídicas que más posibilidades tengan de prosperar, de salvar airoosamente el siempre complicado desafío del control multinivel de los derechos fundamentales, del derecho fundamental a la no discriminación por razón de sexo, en este caso.

Con el vetusto Derecho antidiscriminatorio europeo (por razón de sexo) en materia de seguridad social (Directiva 79/7) y con la restrictiva interpretación del TJUE (sentencia de 12 de diciembre de 2019, asunto C-450/18) en lo tocante a las acciones positivas a favor de las mujeres del artículo 157.4 TFUE, el legislador español, sin renunciar a la audacia, tendría que tener siempre muy presente el elevado riesgo de precipitarse por el mismo despeñadero por el que lo hizo el superado complemento por maternidad del año 2015. Audacia controlada, en definitiva, con especial sensibilidad hacia la corresponsabilidad parental que tanta influencia tiene en todas y cada una de las instituciones de la Unión Europea, TJUE incluido. En este sentido, quizá debería aprovechar el Gobierno español la presidencia semestral de la Unión Europea, en la segunda mitad del año 2023, para poner en marcha una reforma de la vetusta Directiva 79/7, introduciendo en la misma mecanismos explícitos de acción positiva a favor de las mujeres, que otorguen a los legisladores nacionales un mayor margen del que disfrutaban en la actualidad al tiempo que faciliten la siempre escurridiza seguridad jurídica.